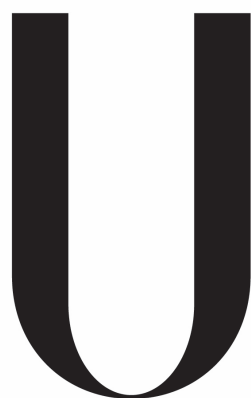


UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



LISBOA

---

UNIVERSIDADE  
DE LISBOA

**ENSAIO SOBRE A INTEGRIDADE NA DECISÃO JUDICIAL**

Wilson Marcelo Kozlowski Junior

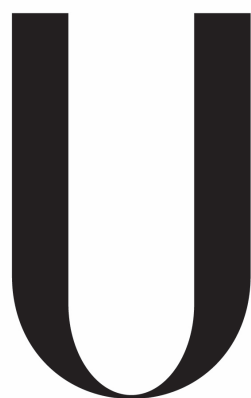
Dissertação

Mestrado em Ciências Histórico-Jurídicas

Teoria do Direito

2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



LISBOA

---

UNIVERSIDADE  
DE LISBOA

**ENSAIO SOBRE A INTEGRIDADE NA DECISÃO JUDICIAL**

Wilson Marcelo Kozlowski Junior

Dissertação orientada pela Professora Doutora Silvia Anjos Alves

Mestrado em Ciências Histórico-Jurídicas

Teoria do Direito

2016

Com amor, para Kathya, Catarina e Alice.

## AGRADECIMENTOS

Ao povo do Estado do Rio de Janeiro por ter me proporcionado os meios financeiros para a conclusão dos estudos de mestrado.

Ao Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), pela confiança depositada na pesquisa desenvolvida, permitindo o afastamento temporário de minhas funções judicativas.

À professora doutora Silvia Anjos Alves pelas valiosas lições ministradas na cadeira de Filosofia do Direito, permitindo o meu crescimento técnico com uma orientação suave e atenciosa.

À Kathya, amor da minha vida, esposa, amiga e companheira, por ter compartilhado comigo o sonho de viver essa aventura longe de nossa casa.

À Catarina e à Alice, minhas pequenas princesas, razões inesgotáveis para sempre dar o melhor de mim.

Aos amigos lisboetas pela acolhida mais que carinhosa recebida por minha família. Posso dizer que tenho mais um lar nesse mundo.

I would never die for my beliefs, because I might be wrong.

*Bertrand Russell*

## RESUMO

A pesquisa trata das qualidades e dos defeitos da teoria do Direito como Integridade de RONALD DWORKIN, com base nas principais obras do autor, bem como em textos inseridos em revistas especializadas e em manifestações em seminários e conferências, disponíveis na rede mundial de computadores. A bibliografia crítica é composta por artigos e livros, com preferência para autores inseridos no contexto do modelo jurídico romano-germânico. Respeitando os pressupostos teóricos do autor, em especial a sua visão *sui generis* do liberalismo, propõe-se uma unidade teórica ao conjunto da obra, com enfoque nos temas mais destacados, como o combate à discricionariedade judicial e ao relativismo moral, a defesa da possibilidade de respostas certas em Direito e o papel da metáfora do juiz Hércules. O trabalho busca compatibilizar a teoria dworkiniana com o *civil law*, fazendo os ajustes necessários para a importação das teses principais, de forma a possibilitar que os ganhos políticos experimentados com o constitucionalismo do segundo pós-guerra não sejam desperdiçados, notadamente o valor dado à força normativa da constituição e a vinculação da comunidade, no plano público e privado, aos direitos fundamentais. A proposta desta investigação insere o Direito como integridade no paradigma intersubjetivo trabalhado por HABERMAS, fazendo com que a decisão judicial tenha de ser produzida acatando os procedimentos formais próprios do agir comunicativo. A interpretação judicial é o momento em que a interpretação jurídica faz com que o Direito passe a ser vivido, dando sentido à normatividade pensada pela dogmática e pela comunidade através de seus representantes. Por isso, quando o juiz adota uma postura antilegalista, o que se convencionou nomear como “ativismo judicial”, a democracia e os valores republicanos são malferidos. Sem receio de exagero, o juiz ativista é um predador da democracia, elegendo um direito aristocrático, produto de mentes que se conferem o papel de guias da comunidade em razão de autoproclamadas qualidades intelectuais e morais superiores aos demais. Desconfiam da solução democrática presente nas leis e na constituição, preferindo a adoção de critérios subjetivos, seja em nome da realização do seu sentimento de justiça ou de qualquer outro valor estranho à legalidade, com o conforto do relativismo que admite a igual validade de todas as soluções. Contra tais vicissitudes presentes no processo de decisão judicial, em respeito à legalidade constitucional e aos valores democráticos, a investigação propõe que o Direito democrático seja levado a sério e que os magistrados se comprometam com a busca pela resposta correta a partir de juízos de moralidade política extraídos da constituição.

Palavras-chave

Direito como Integridade. Discricionariedade judicial.

## ABSTRACT

The research deals with the qualities and defects of Ronald Dworkin's "Law as Integrity Theory", based on his major writings, as well as articles published in journals and speeches at seminars and conferences, available on the World Wide Web. The critical bibliography consists of articles and books, with the preference given to authors from the Roman-germanic context. Respecting the theoretical assumption of the author, in particular his liberalism sui generis vision, it proposes a theoretical unity to the work set, focusing on the most outstanding topics, such as the attack on judicial discretion and moral relativism, the defense of the possibility of right answers in Law and the role of "Hercules judge" metaphor. The dissertation seeks to balance Dworkin's theory with civil law, making the necessary adjustments to the import of the main theses, in order to allow political gains experienced with the constitutionalism of the second post-war are not wasted, notably the value given to the normative force of the constitution and community attachment to fundamental rights. The purpose of this research enters the law as integrity in the intersubjective paradigm labored by HABERMAS, making the court decision to have to be produced accepting the very formal procedures of communicative action. The judicial interpretation is the moment that the legal interpretation makes the Law be lived, making sense to normativity thought by the dogmatic and the community through its representatives. So when the judge adopts an anti-legalistic approach, what has been named as "judicial activism", democracy and republican values are damaged. Without exaggeration, activist judge is a predator of democracy, choosing an aristocratic law, product minds that give the role of community guides because of self-proclaimed intellectual and moral qualities superior to others. They distrust the democratic solution present in the laws and constitution, preferring the adoption of subjective criteria, on behalf the realization of their sense of justice or any other external value of the legality, with the comfort of relativism which acknowledges the equal validity of all solutions. Against such events present in court's decision process, in respect to constitutional legality and democratic values, the research is proposing that the democratic law must be taken seriously and which magistrates should be committed in searching for the correct answer from political morality judgments derived from the constitution.

### Key-words

Law as integrity. Judicial discretion.

## SUMÁRIO

I.	A busca pela melhor decisão judicial. Primeiros passos.	8
II.	Os planos da travessia. Itinerários imaginados, suprimentos e expectativas.	12
II.a	Entre raposas e ouriços, uma caminhada invertida?	13
II.b	Dworkin responde? Qual Dworkin?	16
II.c	Os pressupostos políticos.	18
II.d	Os pressupostos jurídico-epistemológicos.	21
III.	O que se espera de uma decisão judicial em um ambiente democrático?	25
III.a	Discrecionariedade judicial, decisionismo, voluntarismo, subjetivismo e suas variações.	30
III.a.i	O ceticismo de Kelsen.	31
III.a.ii	O sono de Hart.	36
III.a.iii	Decido conforme minha consciência. O ecletismo brasileiro, o ponderador de interesses e o pan-principiologismo.	45
III.b	Respostas certas, um direito de todos.	57
III.b.i	Ceticismo e relativismo.	60
III.b.ii	Objetividade de juízos morais.	63
IV	O valor da integridade no Direito.	69
IV.a	Independência valorativa da integridade.	78
IV.a.i	Integridade e justiça.	87
IV.b	Integridade e coerência.	93
IV.c	As posições alternativas à integridade: convencionalismo e pragmatismo	95
IV.d	O que queremos de Hércules?	98
V.	Apenas mais um capítulo do romance. Conclusões provisórias da caminhada.	104
VI.	Referências bibliográficas.	111



## I – A busca pela melhor decisão judicial. Primeiros passos.

A importação de teorias jurídicas para a produção de soluções de problemas nacionais exige do intérprete do Direito uma postura intelectual honesta e cuidadosa. Em um primeiro momento, os modelos teóricos alienígenas despertam o interesse natural pela novidade, ganhando ressonância em debates internos, algo que é potencializado quando há a menção da teoria em decisões de relevo emanadas dos tribunais superiores. No entanto, superada a curiosidade pelo novo, muito há que ser feito para que a transposição não redunde em mero artifício retórico para ostentar erudição ou resulte em maior prejuízo, quando ocorre o uso inadequado do modelo de pensamento. Neste último caso, é possível afirmar que há uma traição para com o pensamento original, normalmente abstraindo de sua complexidade e ignorando seus pressupostos filosóficos e políticos, fazendo com que se adeque e produza resultados totalmente dissociados de sua origem<sup>1</sup>. Com tal alerta, a pesquisa que se apresenta lança um olhar do *civil law* sobre a teoria integracionista de DWORKIN, respeitando os seus pontos de partida, especialmente a moralidade política liberal e os temas centrais da proposta dwokiniana, como o combate à discricionariedade judicial e a tese dos direitos, adaptando-as à nossa realidade e cultura jurídica.

É de se considerar que, embora a teoria do direito como integridade tenha sido muito difundida e discutida, sua aceitação, seja no plano judicial ou no meio acadêmico, nunca desfrutou de unanimidade, ao revés, sempre foi combatida, não podendo ser “importada” como um produto pronto e acabado que reflita o modelo de pensamento predominante no *common law*. Tal fato não deve espantar ou implicar em rejeição de pronto da teoria, dado que os modelos de pensamento jurídico demandam maior tempo e reiterada aplicação para poderem ser considerados predominantes. A naturalização de uma determinada forma de pensar o fenômeno jurídico é melhor

---

<sup>1</sup> Aqui cumpre registrar a pertinente crítica de RODRIGUEZ quanto ao modo como os juristas brasileiros atuam quando de frente a novas teorias “... importamos ideias estrangeiras sem sua crítica, afirmando positivamente seu valor de face, a contrapelo do debate em solo original. Aqui o primeiro grau da alienação. Em segundo lugar, importadas dessa forma, as ideias passam a assumir funções diferentes em solo nacional, posto que sua importação se dá sem consideração dos limites e pressupostos das categorias alienígenas: aqui o segundo despiste.” (2013. p. 36)

identificada quando surgem novos modelos que se propõem a questionar o que se pratica, o que pode ser exemplificado com o *general attack on positivism* lançado por DWORKIN (1967-1968, p. 22). Somente com a admissão da centralidade do modelo positivista é que foi possível propor uma alternativa à discussão.

Desta feita, com as limitações já admitidas à importação teórica, o objeto de investigação deste trabalho são as virtudes do modelo de pensamento jurídico proposto por DWORKIN, atribuindo um sentido de conjunto à sua obra a partir da defesa do fundacionismo moral, em oposição ao relativismo. Assim, no curso da pesquisa serão apresentadas as linhas principais que nos levaram a interpretar a teoria jurídica dworkiniana em conjunto, sem descurarmos das críticas, com especial relevo para aquelas originadas a partir da tradição romano-germânica. Temas como a discricionariedade judicial, a tese dos direitos e o papel da metáfora do juiz Hércules terão tratamento diferenciado, visto que, juntamente com o ponto de vista liberal, fazem parte da identidade teórica que se conferiu à obra referenciada. Como se trata de uma pesquisa científica, não serão omitidas as fragilidades da teoria investigada, especialmente quanto ao caráter antidemocrático presente na confiança exacerbada no cognitivismo moral.

Como forma de solucionar algumas inconsistências técnicas, sobretudo no que diz respeito à adaptação da proposta integracionista ao *civil law*, foram incorporadas as críticas de HABERMAS (2003, p. 262ss) quanto à necessidade de se prestigiar a construção intersubjetiva do Direito, o que vem para amenizar o resultado da interpretação fundada apenas no cognitivismo moral de um determinado intérprete, por mais qualificado que possa ser. Desta forma, a integridade do direito deve se abrir à própria comunidade para se justificar e para admitir as razões externas ao intérprete, devendo cuidar de harmonizar os diversos interesses das sociedades plurais, os quais passam a ser reconhecidos pelo constitucionalismo vigente e renovado no segundo pós-guerra. Como será apresentado no curso da pesquisa, as correções postuladas fazem com que o direito como integridade ganhe em legitimidade e desempenhe um papel mais adequado ao Direito vivente em nossa sociedade.

O parâmetro de estudo aqui utilizado para a aplicação do direito como integridade foi a decisão judicial, momento em que a interpretação jurídica ganha maior importância para a comunidade, fazendo com que os modelos pensados pela doutrina e pelo legislador ganhem vida. Justamente por ser tão importante, a definição dos casos em juízo é tema constante de boa parte dos escritos jurídicos de DWORKIN, seja para apresentar o seu próprio modelo de pensamento como para contrastar com as propostas concorrentes, como o positivismo, o realismo, o convencionalismo e o pragmatismo. A decisão judicial, portanto, é vital para o Direito como projeto comunitário e para as teorias jurídicas, sendo tema incontornável de nossa pesquisa.

Não bastante isso, a realidade experimentada pelo Brasil, com a proliferação de uma rebelião antilegalista, identificada sob a alcunha de “ativismo judicial”, fez com que o estudo da decisão judicial se transformasse em uma pauta urgente para a teoria jurídica, especialmente em se considerando os riscos para o Direito democrático com a difusão de visões que desvalorizam o que é produzido em sede parlamentar, em nome dos mais diversos interesses, desde a celeridade de julgamento até a punição dos culpados. Assumindo o papel de guias da comunidade, alguns magistrados, sobretudo de tribunais superiores, superam ou ignoram o direito democrático, fragilizando a segurança jurídica e as promessas civilizacionais inscritas no governo das leis, criando um direito aristocrático com baixa densidade normativa, tendo em vista que sua coerência interna e rigor são atreladas aos vetores funcionais da decisão de cada caso, podendo ser facilmente descartadas desde que não cumpram o desejo do intérprete. A comunidade política regida pelo governo dos juízes ativistas rompe com o pacto democrático e ignora o dever de tratar todos os seus membros com igual consideração.

Desta feita, a investigação, ora submetida à avaliação do corpo docente do mestrado científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, busca não apenas fazer uma revisão do direito como integridade, mas se propõe a apresentar a referida teoria sob as melhores luzes<sup>2</sup>, compatibilizando-a com o *civil law*. Dessarte, entende-se que o processo decisório mais adequado ao Direito vivido em sociedades

---

<sup>2</sup> Sob tais luzes, a interpretação aqui empreendida quanto ao Direito como integridade tenta cumprir os estágios interpretativos delineados em *Law's Empire* (1986. pp. 65-68)

plurais, dentro do paradigma intersubjetivo, deve respeitar as nossas tradições institucionais e o pensamento jurídico já desenvolvido, admitindo os procedimentos delineados pelo agir comunicativo habermasiano e considerando o juiz como inserido na “sociedade aberta de intérpretes”. Em tal atividade complexa, o juiz deve, ainda, compatibilizar as decisões dos casos com a moralidade política extraída da constituição, tendo sempre em vista a defesa do Direito democrático e das promessas comunitárias formalizadas nos textos constitucionais.

## II – Os planos da travessia. Itinerários imaginados, suprimentos e expectativas.

É tempo de planejar nossa jornada em busca de a integridade dworkiniana aplicável às decisões judiciais. Um tal planeamento cumpre a função de guia para o que se busca, traçando o percurso imaginado, bem como serve para aferir o grau de desvio que eventualmente tenhamos de tomar face às vicissitudes comuns em grandes travessias. A precisão e a fiabilidade do plano são de elevada importância para possibilitar o debate dos resultados encontrados de forma científica, sem apelos para conhecimentos esotéricos. Não há o que se esconder, nem o porquê. O relato dos passos da travessia permite, assim, o exercício da crítica fundamentada, possibilitando a eventual e nunca rejeitada correção de rumo, bem como auxilia os caminhantes, desde os mais novos e aos mais experientes, em eventual reconstrução da empreitada. É conveniente, entretanto, registrar que o plano delineado afasta-se da precisão geodésica dos instrumentos atuais, não por vontade, porém por conta de estarmos dentro da dimensão valorativa e não dentro das ciências naturais.

Para que a delineação dos itinerários pensados seja cumprida, em um exercício de cartografia teórica, tem-se por bem esclarecer alguns pontos relevantes da teoria dworkiniana, de sorte a possibilitar o entendimento adequado do tema, evitando ruídos na comunicação. No curso do estudo as noções, ora apresentadas de forma genérica, serão objeto de refinamento e detalhamento. Demais disso, é importante, também, situar o autor tomado como referência, sem intuitos biográficos extensos, de forma a conectar sua visão teórico-jurídica com seu entendimento político, os quais se apresentam imbricados o mais das vezes em seus escritos. A atividade interpretativa aqui encetada resultou na atribuição de uma unidade quanto ao pensamento de DWORKIN, aproveitando a ligação entre os pontos principais da defesa do fundacionismo moral que permeia a teoria do direito como integridade.

A integridade aqui tratada é tomada como um virtude política autônoma, ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal (DWORKIN, 1986, p. 166). Sob a perspectiva da integridade, o direito deve ser entendido como um empreendimento normativo de uma comunidade com um propósito e não um mero conjunto de normas

sistematicamente ordenadas. Neste sentido, o papel do intérprete é o de mostrar o Direito em sua melhor forma, sob as melhores luzes possíveis, como um todo harmônico em cada atividade interpretativa. Constata-se, assim, que o direito não se analisa “em tiras, em pedaços” (GRAU, 2011, p. 69) sendo visto em seu conjunto normativo, pensamento que será resgatado mais a frente quando do confronto com as vias objetivas da sistematização presentes, por exemplo, em CANARIS (2002).

Há que se fazer um registro importante no plano da metodologia. A proposta aqui apresentada não faz pouco do imenso esforço evolutivo que permeia o trabalho do jurista. Seria insensato e imprudente pensar em uma teoria desprovida de lastro teórico com o que se fez até hoje, uma vez que o direito é um empreendimento normativo de uma comunidade e não uma partícula que se encontra em um estudo laboratorial. No estágio de desenvolvimento em que nos encontramos, a atividade interpretativa não se confunde com uma simples prática ou com o “bom-senso”, sendo que faz-se necessária uma teoria que o suporte e o justifique perante os membros da comunidade, apresentando o Direito como o fruto de uma sociedade livre devotada à justiça, equidade, integridade e ao devido processo legal.

## II.a – Entre raposas e ouriços, uma caminhada invertida?

O começo da pesquisa ocorreu na última obra publicada em vida por DWORKIN. *Justice for Hedgehogs* fecha o ciclo extremamente fértil de publicações de um dos mais importantes filósofos do direito<sup>3</sup>. No entanto, dizer que a jornada é invertida não deve levar a crer que começaremos pelo fim, uma vez que há um traço que liga toda a obra de DWORKIN<sup>4</sup>, constituída pela assertiva de que existem respostas corretas para

---

<sup>3</sup> A última obra, já póstuma e dedicada a sua esposa Reni e a seu amigo Tom Nagel, recentemente publicada já é desafiadora em seu título *Religion without God* (2013). Neste livro é tratada a ideia de um *ateísmo religioso*.

<sup>4</sup> Por vezes surge a acusação de que DWORKIN varia sua argumentação conforme o ataque recebido e lança mão de novas classificações, olvidando seus próprios conceitos anteriores em seus trabalhos mais recentes, sem qualquer menção à rejeição ou à atualização destes, conforme se depreende de LUÑO (2009, p. 487) “[...] Dworkin es un consumado maestro en la técnica conceptual de escamotear las objeciones en función de ese aparato de conceptos, concepciones, distinciones, subdistinciones y etiquetas en las que apoya su dialéctica. Por eso, su teoría resulta inconfutable, aunque sea al precio de una pródiga dosis de

juízos controvertidos e que, como cidadãos de uma comunidade estatal, temos direito a essas respostas. Este entendimento fundacionalista<sup>5</sup> desafia o ceticismo, interno e externo ao pensamento, como será abordado no capítulo seguinte, bem como as posições relativistas tão em voga em tempos ditos pós-modernos, abrindo espaço para contestações o mais das vezes infundadas que fazem uso de simplificações filosóficas com o fim de rotular e criar um bom espantalho fácil de ser vencido. O título e o tema principal da obra seguem esta linha de contestação ao ceticismo e ao relativismo. Partindo da célebre distinção de BERLIN<sup>6</sup> entre raposas e ouriços, por sua vez derivada de um trecho de ARQUÍLOCO (“A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma coisa muito importante.”), na qual as primeiras seriam aqueles pensadores mais afetos ao relativismo enquanto que os segundos seriam os fundacionalistas, DWORKIN apresenta a peça final de sua filosofia jurídica como uma defesa da possibilidade de chegarmos a juízos corretos em questões controvertidas de valor. Mais do que isso, afirma categoricamente que o direito é “parte da moral política (...) um ramo, uma subdivisão da moral política.”<sup>7</sup>

É interessante notar que esta obra sofreu um processo diferente de construção das demais. Enquanto os outros livros de DWORKIN em geral são compilações reorganizadas de trabalhos prévios, com melhorias e sintonia de conjunto,

---

logomaquia. En el terreno literario y mitológico, del que tanto gusta extraer sus metáforas Dworkin, no sería aventurado conjeturar que su teoría recuerda a Hidra; la mítica serpiente marina de Lerna, cuyas nueve cabezas tenían la facultad de engendrar dos nuevas por cada una que se le cortaba. Sabemos por la mitología que fue, precisamente, Hércules quien consagró su segundo trabajo a abatir a ese monstruo. Por transposición mitológica concluir é augurando que el otro Hércules, ese juez-filósofo oráculo del Derecho correcto, sea capaz de desbaratar, en el sentido de reducir a categorías precisas y unívocas, la “Hidra” conceptual de clasificaciones y etiquetas de la teoría dworkiana.”.

<sup>5</sup> Opta-se pelo neologismo em adaptação da palavra inglesa *foundationalist* por uma razão estética simples: a alternativa léxica disponível (fundamentalista) possui extrema carga negativa, o que também é reconhecida por BONORINO (2003), estudioso crítico da obra de DWORKIN quanto aos percalços na língua castelhana.

<sup>6</sup> BERLIN, 1953, p. 1. “There is a line among the fragments of the Greek poet Archilochus which says: ‘The fox knows many things, but the hedgehog knows one big thing’. Scholars have differed about the correct interpretation of these dark words, which may mean no more than that fox, for all his cunning, is defeated by the hedgehog’s on defense. But, taken figuratively, the words can be made to yield a sense in which divide writers and thinkers, and, it may be, human beings in general. For there exists a great chasm between those, on one side, who relate everything to a single central vision, one system less or more coherent or articulate, in terms of which they understand, think and feel - a single, universal, organizing principle in terms of which they alone all that they are and say has significance - and, on the other side, those who pursue many ends, often unrelated and even contradictory, connected, if at all, only in some *de facto* way, for some psychological or physiological cause, related by no moral or aesthetic principle...”

<sup>7</sup> DWORKIN, 2012a, p. 414.

como se pode notar em *Taking Rights Seriously* e em *A Matter of Principle*<sup>8</sup>, por exemplo, a intensa discussão acadêmica precedeu a elaboração de seu último livro, com a participação em congressos, seminários e debates cujos resultados e discussões foram incorporados e tratados como temas da obra<sup>9</sup>. O autor lançou, ainda, um sítio na rede ([www.justiceforhedgehogs.net](http://www.justiceforhedgehogs.net))<sup>10</sup> com o qual pretendia dar maior fluxo ao tratamento das impugnações, bem como apresentando eventuais correções às suas propostas.

No entanto, é de se registrar que o conjunto da obra de DWORKIN não ostenta aos olhos de muitos as virtudes da sistematização, o que é evidente em um confronto com o trabalho doutrinário de KELSEN (1998 e 1999) e outros juristas analíticos<sup>11</sup>. Ocorre que um juízo comparativo de tal natureza está atrelado a uma apreciação prévia de valor positivo quanto aos estudos próprios das ciências naturais, domínio da almejada sistematicidade, bem como a um paradigma de pensamento que separa em polos distintos sujeito e objeto. Somente assim é que o objeto “direito”, externo e estranho ao sujeito, pode ser dissecado de forma neutra. Tendo em vista que o direito não é abordado desta forma na teoria projetada por DWORKIN, resta infrutífero buscar uma sistematicidade de manual de química em sua obra, o que não quer dizer que seus argumentos não possuam uma linha condutora, a qual começa em *The model of rules* com o delineamento da *rights thesis*, ou seja, a afirmação de que cada pessoa possui direito a uma resposta do direito às suas demandas, a qual não pode ficar ao cargo da escolha discricionária do magistrado, e gravita em torno da questão do que é o direito e como podemos decidir que uma proposição do direito é verdadeira ou falsa. A progressiva abstração e refinamento de seu caminho teórico acabou sendo um processo natural em função do tema trabalhado, conforme o próprio autor afirmou em uma de suas últimas conferências em Roma (2012b).

Como premissa metodológica deste trabalho, entende-se aqui que as respostas para os problemas do direito são encontradas no próprio direito, dentro de seu raciocínio peculiar, respeitando sua normatividade e o caráter de empreendimento

---

<sup>8</sup> Em ordem DWORKIN, 1977 e DWORKIN, 1985.

<sup>9</sup> Uma das maiores discussões públicas sobre a obra foi realizada na *Boston University School of Law* entre 25-26 de setembro de 2009, tendo sido publicada no volume 90 da *Boston University Law Review* com a contribuição crítica de diversos pensadores do *common law*.

<sup>10</sup> Desativado após o óbito do autor.

<sup>11</sup> v. MARMOR, 2010.



comunitário permeado pela justiça, pela equidade, pela integridade e pelo devido processo legal. Não há como sair do raciocínio jurídico para buscar as respostas que lhes são requeridas, o que inviabiliza o uso dos procedimentos de análise exterior como acontece nas ciências naturais, com seus experimentos e testes laboratoriais. Tal assertiva não conduz ao irracionalismo e à subjetividade como poderia soar o desafio ao modelo sujeito-objeto e aos procedimentos “científicos”. A objetividade das assertivas jurídicas não só é possível, como também é uma exigência do Estado Democrático de Direito, conforme será desenvolvido no curso da pesquisa, e uma proposição fundamental da *rights thesis*.

## II.b – Dworkin responde? Qual Dworkin?

Os desafios enfrentados na pesquisa sobre a validade teórica e prática do direito como integridade não se restringem apenas ao pensamento de seu criador. Ao revés, o percurso incluirá outras vertentes de pensamento, com algumas concessões teóricas em prol da evolução do todo de forma harmônica, assim como cuidará de algumas objeções não abordadas pelo autor, especialmente as que são apresentadas na doutrina luso-brasileira até o momento, uma vez que sua ágora era, preferencialmente, no âmbito da Filosofia do Direito vertida e trabalhada em língua inglesa. Neste sentido, o levantamento bibliográfico em língua portuguesa, que representa o estado da arte sobre a temática, foi realizado partindo do Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal ([www.rcaap.pt](http://www.rcaap.pt)) e das bases de dados das bibliotecas portuguesas em rede, bem como das obras específicas sobre o tema em nosso idioma. Quer isto dizer que as respostas alcançadas não são frutos isolados de um estudo direcionado apenas à obra de DWORKIN, cuja teoria serve como pano de fundo para nossa discussão, mas não a restringe.

Por outro lado, perguntar “qual Dworkin” não significa, conforme se convencionou na filosofia, a existência de mais de um pensador em uma mesma pessoa,

com fases mais ou menos nítidas de evolução ou transformação de suas ideias<sup>12</sup>. Ao revés, conforme já pontuado, pode-se afirmar que DWORKIN apresenta uma unidade de entendimento, muito embora tenha refinado suas teses de forma mais clara a cada nova incursão literária. Tal assertiva parte da comparação de suas obras, seja em linha cronológica ascendente ou descendente, uma vez que a ideia central de sua tese sobre o que é o direito se mantém intacta, apesar das inúmeras reformulações de estilo. Alguns termos e distinções, como por exemplo a caracterização do *skeleton of positivism* e a distinção entre *rules, principles and policies*, constantes de seu *The model of rules*, não foram resgatadas ao longo de suas obras, parecendo abandonadas aos olhos de seus opositores. A tendência que moveu a pesquisa, como se percebe, é no sentido de compreender que o ponto de vista de DWORKIN já estava devidamente defendido, sendo que não adiantaria repisar o consolidado, cumprindo sempre andar para frente no que diz respeito à defesa da tese fundacionalista, esta sim o ponto central que nunca foi olvidado. A resposta à pergunta sobre “qual Dworkin” foi eleito, em verdade sinaliza algo que o acompanhou por toda a sua carreira acadêmica - o debate de ideias.

As diversas discussões polarizadas e apaixonadas em que o autor se envolveu representam, desde um ponto de vista externo, um retrato fiel de boa parte das controvérsias jurídico-filosóficas de nossos tempos. Desde o mais antigo desafio, o debate entabulado com o expoente do positivismo anglo-saxônico HERBERT HART, passando por outros, por vezes muito menos polidos em seus termos do que o inicial, como por exemplo os que manteve com o juiz POSNER<sup>13</sup> e com FISH (1982, pp. 201-216, sucedido por diversas respostas de ambos os lados), o tema central estava na definição do que é o direito, com todas as suas implicações, como por exemplo a apresentação de sua função e de sua finalidade, assim como na definição do que o juiz, intérprete eleito para seus estudos, faz e deve fazer quando julga.

Desta forma, os problemas ficam entremeados, seja a densificação teórica do direito ou a sua ponta final com a sua “interpretação e aplicação”, não existindo espaço, conforme será visto, para distinções anacrônicas e antagônicas entre teoria e

---

<sup>12</sup> Um dos casos clássicos de divisão em “antes e depois” ocorreu com WITTGENSTEIN, o qual é comumente “dividido” em dois períodos: o do “Tratado Lógico Filosófico” e o das “Investigações Filosóficas”.

<sup>13</sup> Iniciado com o capítulo 6 de *The problems of Jurisprudence* sob o título *Are There Right Answers to Legal Questions?* (POSNER, 1993, pp. 197-219).

prática ou questão de fato e questão de direito<sup>14</sup>, como se de mundos distintos estivéssemos cuidando. De tudo, há que se pontuar que não houve um debate eleito como foco, os quais por si justificam estudos autônomos dadas a profundidade de seus conteúdos e a importância que têm para o desenvolvimento do direito. Sem descurar do que foi tratado nas controvérsias publicadas nas diversas revistas jurídicas especializadas, o objeto do presente estudo, dessarte, não se limita a discutir apenas um ponto divergente da proposta do Direito como Integridade, mas sim passa por uma visão global da teoria jurídica de DWORKIN com alguns ajustes pontuais decorrentes do cotejo com o que vem sendo desenvolvido na teoria jurídica luso-brasileira e castelhana.

## II.c – Os pressupostos políticos

Os fundamentos políticos deste estudo encontram-se, em grande medida, afinados com o entendimento político esposado por DWORKIN, conforme será percebido em seu desenvolvimento, razão pela qual cumpre esclarecer, de forma sucinta, os pontos de convergência que irão nos acompanhar. O envolvimento de DWORKIN com as questões políticas de nosso tempo é uma nota marcante de sua biografia, incluindo diversos escritos para jornais, revistas e outros veículos. O âmbito de incidência de suas discussões variavam desde temas como o aborto, o casamento homossexual até a eleição presidencial Bush-Gore<sup>15</sup>, sempre se valendo de sua aptidão para tratar de temas complexos com escritos direcionados ao público não acadêmico sem lançar mão de simplificações ou reduções de significado<sup>16</sup>. Embora os trabalhos mais voltados para a filosofia política, tais como *Sovereign Virtue* e não sejam objeto de discussão específica neste trabalho, é interessante situar o autor politicamente, de molde a poder perceber os seus pressupostos, sobretudo em se tratando de um direito que decorre de uma moralidade política. Neste sentido, ele pode ser definido como um liberal, com grande influência de JOHN RAWLS, conforme deixou expresso em *Justice in*

---

<sup>14</sup> Esta última que deveria estar superada desde a publicação da obra seminal de CASTANHEIRA NEVES em 1967.

<sup>15</sup> v. p. ex. DWORKIN, 1994, 1996 e 2001.

<sup>16</sup> Cf. NAGEL, 2007, p. 5 “But Ronnie also did something else: he wrote for the public. Rawls, who did not have this gift, greatly admired Ronnie’s capacity to explain difficult moral issues about law, politics, and society in lucid terms to a general, nonacademic audience—without in any way watering them down or simplifying them.”

*Robes* (DWORKIN, 2006, p. 261), tendo ainda marcas de ROSCOE POUND<sup>17</sup> e LEARNED HAND<sup>18</sup> em suas teses.

Ocorre que a definição de alguém como “liberal” atualmente não adiciona esclarecimento, ao revés, aumenta as dúvidas. O termo se tornou plástico demais, incluindo posições que, politicamente, podem implicar antagonismos irresolúveis, tanto que no terreno político prefere-se a qualificação como “progressista” para se evitar armadilhas retóricas, conforme narrado em DWORKIN (2012c)<sup>19</sup>. Um exemplo claro é a divergência entre DWORKIN e RAWLS, ambos liberais e, no entanto, com entendimentos diversos sobre os papéis do Estado, posições estas derivadas da apreciação sobre a dimensão universalista ou “paroquial” dos valores. Apenas como ensaio provisório, diz-se que do ponto de vista universalista os valores podem ser controvertidos entre si, porém há a possibilidade de se defender a superioridade de uns sobre outros, enquanto que do ponto de vista relativista ou “paroquial” não haveria como se chegar a uma conclusão sobre a prevalência de um ou outro valor. A primeira posição (dworkiniana) é atacada por ser metafísica e gerar uma onda imperialista, enquanto que a sedutora posição relativista é apresentada como mais adequada a um mundo de valores plurais, em que todos ambicionam a mesma valência por ausência de certeza sobre tais questões.

Tem-se por bem densificar a terminologia, entendendo o ponto de vista dworkiniano como sendo um liberalismo abrangente (cf. FURQUIM, 2010), caracterizado e marcado pela afirmação de que o Estado deve manter e prestar igual consideração e respeito para com os seus cidadãos<sup>20</sup>, asserção que influenciará toda a sua teoria jurídica. Em um primeiro momento, tal postura reforça o entendimento de que a liberdade dos cidadãos em seus assuntos pessoais não pode ser objeto de interferência do Estado. Entretanto, a eficácia desta igual consideração e respeito desborda do âmbito meramente individualista, fazendo com que o Estado tenha o dever de corrigir assimetrias entre seus cidadãos, o que termina por abrir uma divergência

---

<sup>17</sup> v. a análise engendrada por ARJONA (2003).

<sup>18</sup> cf. DWORKIN, 1996, pp. 332-347.

<sup>19</sup> “... in America, now, liberalism is a pejorative term ... OBAMA calls himself as a progressivist...” (DWORKIN, 2012c, 13'29")

<sup>20</sup> “Government must not only treat people with concern and respect, but with equal concern and respect.” (DWORKIN, 1977. PP. 272-273)

frente à posição absenteísta do Estado em prol da igualdade, incluindo a defesa das ações afirmativas (DWORKIN, 2000. pp. 293-331).

A contraposição entre liberdade e igualdade, normalmente presente nas discussões liberais é dissolvida na teoria de DWORKIN<sup>21</sup>. Em linhas gerais, o liberalismo de índole meramente econômica enfatiza a liberdade como valor primordial e característica do liberalismo, entendendo-a como a inexistência de entraves à consecução dos objetivos de que uma pessoa é capaz de atingir segundo seus méritos e esforços próprios. Por outro lado, ainda em lineamentos superficiais, o liberalismo de defesa das liberdades civis dá maior peso à igualdade como sendo o valor primordial do liberalismo, sendo esta considerada no resultado de uma “vida boa”, ou seja, se todos podem auferir de forma igual os benefícios da “vida boa”. DWORKIN ultrapassa essa divisão através de uma interpretação original e peculiar, a qual o próprio afirma ser desprovida de unanimidade entre os liberais e, até certo ponto, de difícil aceitação (DWORKIN e LUKES, 1993, p. 274), quando propõe que “liberty and equality, can be understood as part of the same virtue, as complimentary rather antagonistic”. A fusão ou combinação da liberdade e da igualdade nestes termos parte, de um lado, da consideração de que a liberdade não é o poder de fazer o que entender sem limites, mas sim o poder de fazer o que se pode em uma sociedade justa ou idealmente justa<sup>22</sup>, e de outra ponta de que a igualdade não significa que a comunidade tenha de planificar todos em um mesmo patamar, mesmo contra suas vontades, mas sim a igualdade de recursos e condições para escolher que tipo de vida boa se pretende ainda dentro dos limites da comunidade orientada pela justiça (DWORKIN, 1981a e 1981b).<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> DWORKIN e LUKES, 1993, p. 242.

<sup>22</sup> “... liberty properly understood is the power to do what one could do in a just society or might say an ideally just society.” (DWORKIN and LUKES, 1993, p. 277)

<sup>23</sup> Por certo que a distinção ora apresentada está em termos crus perto do refinamento que por muito DWORKIN a submeteu, no entanto o escopo da pesquisa não comporta maior aprofundamento. Sem contar as próprias obras do autor sobre o tema, assumindo como referência *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (2000), um bom inventário das ideias defendidas pelo autor pode ser encontrado, por exemplo, em WOLFE, 1994 e FURQUIM, 2010.

## II.d – Os pressupostos jurídico-epistemológicos

Do entendimento do que é o direito para DWORKIN também surgirão diversas consequências no caminho a ser trilhado neste trabalho. Como ramo da moralidade política, o direito encontra-se enleado na atividade interpretativa, sendo impensável fora deste âmbito. Interessa registrar que tal posição é afinada com o chamado giro linguístico-pragmático que ocorreu na filosofia contemporânea, com a superação da divisão sujeito-objeto própria da filosofia da consciência, já que o direito deixa de ser um objeto distinto e isolado da comunidade política, passando a ser um empreendimento de moral política vivido por essa comunidade. O fato de não considerarmos o Direito como um objeto não importa, como pode ser criticado, na adoção do subjetivismo ou do relativismo. A perda de a identidade de uma “coisa” a ser apreendida, interpretada e aplicada, transmutando para algo mais “flexível” como a ideia de empreendimento de moral política de uma comunidade, não faz com que seja considerado como algo subjetivo.

Aqui importa em repisar as lições de KUHN (1970) sobre as transições paradigmáticas e suas influências sobre o pensamento coetâneo às tais alterações. Desde a postura de rejeição total, passando pelas tentativas de se entender o novo pelos olhos do antigo, apenas registrando a mudança de roupagem, até mesmo ao ponto da aceitação com uma dose de mal-estar acadêmico<sup>24</sup>. Para quem foi treinado a pensar o direito como um objeto, a alteração paradigmática presente em DWORKIN é algo de estranho, para se dizer o mínimo. Não há como comparar os modelos de pensamento, de vivência e de desenvolvimento das ciências entre eras distintas, de sorte a confrontá-las com a finalidade de se apontar uma certa e outra errada. Tais comparações seriam injustas para com as gerações passadas, sendo certo que suas estruturas de pensar, no caso o direito, por exemplo, eram de todo suficientes para seus problemas e atendiam, no ordinário, aos anseios da comunidade política em que foram gerados. Por exemplo, a extremamente influente e viva experiência normativo-pragmática romana foi adequada

---

<sup>24</sup> Sobre o último caso KUHN (1970, p. 204) afirma que “(...) he finds himself fully persuaded of the new view but nevertheless unable to internalize it and be at home in the world it helps to shape. Intellectually such a man has made his choice, but the conversion required if it is to be effective eludes him. He may use the new theory nonetheless, but he will do so as a foreigner in a foreign environment, an alternative available to him only because there are natives already there.”

aos problemas daquela época, merecedora da influência que atravessou gerações, assim como as demais formas de se pensar o jurídico através dos tempos. Da mesma forma que não é correto lançar os olhos do presente de forma sancionadora sobre o passado, em um confronto injusto entre gerações, este não pode aprisionar a evolução do pensamento com suas estruturas e mecanismos, sob o risco de incorrer em arcaísmo, fragilizando a teoria e abrindo espaço para irracionaisismos de toda a sorte<sup>25</sup>. Igualmente, tal assertiva não significa que o novo paradigma não deva satisfações sobre as suas eventuais insuficiências apenas por ser “novo”, podendo e devendo ser testado em todas as suas virtudes e defeitos.

No desenvolvimento do trabalho surgirão exemplos de incompatibilidade com modelos passados, com ênfase no positivismo em algumas de suas vertentes, e o modelo teórico que se entende adequado ao tempo presente. Especialmente no ambiente que se diz pós-moderno a abertura para irracionaisismos mostra-se extremamente perigosa, já que uma parcela considerável dos pensadores atuais se deixa seduzir pela onda que ora assume feições cétricas, ora relativistas, ora irracionaisistas, quando não raro uma mescla de tais posturas, todas interrogando e contestando a razão e o racionalismo, como se pares estes fossem. O racionalismo, como postura quase religiosa em favor dos procedimentos relativos ao pensamento humano, é um despropósito em si, afinal combate a crença antiga com outra sem admitir contraposição. Ao revés, a razão não é mais ou menos que um compromisso com a busca pela verdade, que não pode ser “meramente pessoal ou social, mas antes universal - e que deverá também persuadir outras pessoas que estejam na disposição de a ouvir.” (NAGEL, 1999, p. 12)<sup>26</sup>.

No que diz respeito às críticas ao modelo integracionista, registre-se que os ataques partem de pontos externos ao paradigma, ou seja, ao contrário do que é usualmente afirmado, ainda não houve a superação do pensamento positivista de forma

---

<sup>25</sup> Um bom exemplo desta postura de idolatria do passado combinado com irracionalidade é encontrada no Movimento do Direito Livre que se orgulhava de ser voluntarista e antidogmática, prestigiando o talento político dos romanos e dos ingleses (KANTOROWICZ, 1949, p. 370)

<sup>26</sup> Ainda em NAGEL, 1999, p. 152 “A única maneira de podermos ter qualquer esperança de avançar em direção à verdade é estarmos sempre à procura de objecções e estarmos preparados para abandonar ou alterar as nossas teorias sempre que dados contrários, contra-argumentos ou alternativas mais bem sustentadas se apresentarem.”

mais abrangente. O positivismo jurídico, como modelo de pensamento predominante, por certo, não está morto ou mesmo é uma teoria comprovadamente ultrapassada ou desacreditada, conforme defende ALEXY (2002, p. 6) com base nas decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*). Neste ponto, a provocação de RAZ<sup>27</sup> (2007, p. 17) é procedente, seja porque o positivismo possui diversas vertentes (desde a *inclusive* ou *soft* até a *exclusive* de RAZ)<sup>28</sup> ou porque, por mais paradoxal que possa parecer, diversos ataques ditos não-positivistas prosseguem na tradição positivista de pensamento, mantendo a relação sujeito-objeto intocada, tal como faz o próprio ALEXY<sup>29</sup>. A estrutura de pensamento se mantém a mesma, apenas acatando alguns ajustes decorrentes das necessidades e vicissitudes do tempo. As únicas vertentes que parecem realmente superadas do positivismo jurídico são as da Escola da Exegese, dado que a insuficiência da identificação do direito com a lei é quase que um lugar-comum nos textos jurídicos do período posterior às grandes guerras.

Uma das possíveis causas para a dificuldade de superação de um paradigma de pensamento talvez esteja no fato de que as alterações postuladas ainda demandam tempo para sua absorção, o que é acendrado na pesquisa jurídica, tão caracterizada pela divergência. A própria evolução do positivismo, em suas diversas versões, reforça esta convicção, uma vez que o pensamento jusnaturalista não foi eliminado pelos inúmeros esforços dos positivistas, afinal o embate entre a ideia de justiça de um lado e de segurança de outro é imemorial e atravessará nossa história, desde Antígona até os dias vindouros. Embora possa se irradiar de forma consistente no âmbito acadêmico, como ocorreu com os pensamentos passados, cada um ao seu tempo, a transição no âmbito da prática jurídica é mais lenta e nunca é completa, sendo certo que ainda restarão alguns nichos de pensamento atrelados ao modelo anterior, por mais evidente que seja a alteração proposta e sentida, o que não é um defeito, antes uma qualidade peculiar ao jurídico que o mantém instigante por toda a aventura humana.

---

<sup>27</sup> "The book itself may be evidence to the contrary. After all why flog a dead horse? Why write a book to refute a totally discredited theory?"

<sup>28</sup> O verbete *legal positivism* da Stanford Encyclopedia of Philosophy (SEP) apresenta um bom apanhado das variantes do positivismo (GREEN, 2009).

<sup>29</sup> Seja com a sua proposta de Teoria da Argumentação Jurídica (1989), que implica numa formatação quase estéril do discurso jurídico, o qual fica amarrado em diversas regras em nome de uma redução no subjetivismo que não virá por meio de mais regras que devem ser interpretadas, ou com sua Teoria dos Direitos Fundamentais (2012), com a proposta de ponderação de interesses com base em uma estrutura novamente formal de pesos que culmina com o surgimento de uma nova regra de precedência que é aplicada com o uso da subsunção. v. STRECK, 2013. p. 49.



Da mesma forma que não se presta a discutir as diversas controvérsias em que DWORKIN se envolveu, pelo que foi até o momento exposto se depreende que a presente pesquisa não se irá lançar contra as diversas versões do positivismo ou do jusnaturalismo de forma específica, apenas colocando sob contraste algumas consequências de suas teses centrais como a discricionariedade judicial, o relativismo sobre juízos morais e o ceticismo teórico, temas que se apresentam, ora em conjunto ora em separado, no debate jurídico. Nesta investigação foi considerado como essencial ao ambiente jurídico-democrático o dever de o Estado prestar igual consideração pelos seus concidadãos, sem interferir na consecução da vida boa de cada um deles, apenas corrigindo distorções que impeçam ou dificultem as escolhas, afinal todos são responsáveis pelos destinos que venham a implementar. Portanto, o objeto da presente pesquisa consistiu em apresentar a teoria do Direito como Integridade como sendo esta a melhor explicação para o Direito em sociedades democráticas contemporâneas, tendo em mente a necessidade de sua adaptação à estrutura do *civil law*, o que foi feito a partir das críticas de HABERMAS (2003).

### III – O que se espera de uma decisão judicial em um ambiente democrático?

A pergunta que intitula o presente capítulo será respondida com uma jornada por alguns temas que são caros à teoria dworkiniana, os quais decorrem da afirmação da possibilidade de objetividade dos juízos morais e da tese dos direitos<sup>3031</sup>. Tendo como pano de fundo a adequação de tais temas com a ideia de Estado de Direito Democrático, como forma de melhor explicar e justificar nossas práticas jurídicas, a rejeição da discricionariedade judicial será tratada de forma conjugada com a possibilidade de respostas certas em Direito. Com tal intuito, os pontos aqui defendidos serão colocados em contraste com as principais propostas teóricas que suportam a discricionariedade judicial - o positivismo normativista de Kelsen e o positivismo inclusivo de Hart, abrindo espaço, ainda, para refutar a prática eclética da jurisprudência brasileira.

A possibilidade de objetividade dos juízos morais aqui defendida possui relação de antagonismo com as posições relativistas que permeiam o pensamento contemporâneo. É lugar comum, nas discussões morais, o lance da assertiva “tudo é relativo” ou a sua variante menos categórica “isto é relativo”, identificadas, na classificação de Dworkin (1986. pp. 76-86), em posturas relativistas externa e interna, a primeira que parte do ponto de vista do observador da prática e a segunda do participante da prática interpretada. Tais artifícios retóricos se apoiam na inegável pluralidade de uma sociedade multicultural como a que vivemos, ganhando ressonância em função deste aparente casamento com a realidade. A proposta deste estudo parte da

---

<sup>30</sup>Temas tratados por Alexander e Bayles (1980, p. 267) em trabalho abrangente sobre as variações das teses de Dworkin com o sugestivo título “Hercules or Proteus? The Many Theses of Ronald Dworkin” como “the core of his view” de onde partem muitas de suas críticas ao positivismo.

<sup>31</sup>A *rights thesis* surge no texto *Hard Cases* (1974-1975) podendo ser resumida, com o risco de perda de conteúdo, o qual será desdobrado mais a frente, como sendo “the thesis that judicial decisions in civil cases, even in hard cases like Spartan Steel, characteristically are and should be generated by principle not policy.” (1974-1975. p. 1060). Quer isto dizer que os litigantes possuem direitos às soluções jurídicas, seja no sentido do autor ou do réu, as quais devem se vincular a argumentos de Direito e não de política, não abrindo espaços para escolhas do magistrado como se fosse um legislador para o caso. Desde já é de se asseverar que o fato de o raciocínio que suporta a “tese dos direitos” não se limita aos chamados *hard cases*, conforme o próprio trecho acima citado deixa claro. O raciocínio funciona dentro de uma Teoria Geral do Direito, não se insulando nos casos difíceis. Tal ressalva é importante, haja vista que se reproduz com certa frequência o entendimento de que os casos “fáceis” são resolvidos com o mecanismo da subsunção. A defesa do silogismo jurídico como ponto central à argumentação jurídica pode ser encontrada em McCormick, 2008. pp. 43-64.

consideração de que nem tudo é relativo<sup>32</sup>, especialmente os juízos morais, no que serão seguidas as lições de NAGEL (1999) e BOGHOSSIAN (2012) sobre o tema.

A objetividade é considerada não somente desejável mas, sobretudo, necessária para que se possa tratar das questões morais de forma independente de visões de mundo particulares, isto é, para que seja possível afirmar que uma determinada conduta possa ser nomeada como correta ou incorreta do ponto de vista moral, sem recorrer a pontos de vista pessoais. Fora deste quadro em que se prima pela objetividade, a qual, como será desenvolvido, não é sinônimo de juízos metafísicos ou externos ao nosso objeto (Direito), mas sim dependente do ponto de vista interno do participante das práticas interpretadas, restaria apenas uma imensa babel de valores em disputa, sendo que a solução do confronto, não raro, seria pela força.

Com este intuito, a construção argumentativa seguirá uma rede de interdependência entre os temas, sendo certo que a hipótese que ora se busca comprovar é no sentido de que os cidadãos possuem direito a uma decisão judicial correta, a qual não é fruto de uma escolha subjetiva ou de um processo automatizado de subsunção, muito menos de uma prática reiterada sem propósito específico ou de processos aleatórios de justificação, mas sim fruto dos melhores argumentos disponíveis colocados em ordem a cumprir o propósito da ordem constitucional em sua integralidade. O processo de produção de decisões jurídicas aqui defendido deve ser, a um só tempo, subjetivo e objetivo, resultado da teoria que melhor justifique nosso Direito.

Outro pilar do raciocínio aqui expendido é o de que o Estado de Direito Democrático, como empreendimento de uma coletividade, deve ser levado a sério em

---

<sup>32</sup> Título do livro do filósofo brasileiro HILTON JAPIASSU (2000) em que são discutidos os danos da “onda relativista (...) todo este modo de pensamento segundo o qual as teorias científicas nada mais são que construções repousando em pressupostos arbitrários e constituindo um modo de conhecimento tributário das paixões sociais ou de convicções religiosas. Não há nenhuma lógica capaz de impor-se como absoluto de referência. Não somente na ordem do conhecimento, mas nos domínios religioso, moral ou político, tudo o que é proposto como “verdade universal” ou norma geral deve ser considerado como dogmático, autoritário e contrário à tolerância e ao pluralismo. Identificados como pensadores “pós-modernos”, pois pretendem questionar, não somente as noções clássicas de verdade, razão, identidade e objetividade, mas a idéia de progresso ou emancipação universal, os sistemas únicos, os megarrelatos ou os fundamentos definitivos de explicação, os relativistas atuais formam um movimento “radical” negando a unidade (isto é, a universalidade) da verdade, da razão, da realidade e da ciência.” p. 23.

suas potencialidades, o que implica um maior rigor quanto ao trato dos direitos dos cidadãos, especialmente quando submetidos a um processo racional de julgamento pelas instituições judiciais do Estado. Os direitos não estão à disposição de boas ou más intenções, boas ou más razões ou escolhas políticas (*policies*). Decorrentes de princípios (*principles*), os direitos possuem estatura normativa-deontológica própria, não cedendo aos lances de conveniências políticas, econômicas ou moralistas. Sendo direitos, e não meramente favores ou benesses estatais, sua ordem de vinculação atinge a todos da comunidade, o que importa em dimensionar sua eficácia em conformidade com o modo de vida comunitário e tendo como norte o ideal de que o Estado deve respeitar a todos de forma igual.

É importante registrar que o Estado de Direito Democrático aqui trabalhado não está cristalizado em um conceito imutável e/ou transcendental que poderia se resumir à limitação dos poderes e funções estatais ou à possibilidade de participação dos governados. Neste ponto vale lançar mão de uma distinção conceitual realizada por DWORKIN entre *criterial concepts*, *natural kind concepts* e *interpretive concepts*<sup>33</sup>. Os *criterial concepts* são conceitos compartilhados pelas pessoas quando concordam com uma definição, rudimentar ou precisa, sobre algo, tendo como exemplos os conceitos de triângulo e de solteiro. Já os *natural kind concepts* são conceitos partilhados pelas pessoas sobre algo que possua uma estrutura física ou biológica natural, exemplificado no conceito de tigre, a partir do qual tanto biólogos quanto membros de sociedades primitivas poderiam identificar quantos tigres há em uma sala. Por fim, os *interpretive concepts* são conceitos que requerem uma atitude interpretativa dos participantes no sentido de descobrir o que as nossas práticas requerem, aqui o exemplo apontado é o de vencer um *round* em uma luta de boxe, o qual demanda a compreensão da intencionalidade envolvida na luta e não uma simples verificação das regras como no jogo do galo.

Com tais distinções, o Estado de Direito Democrático será tratado como *interpretive concept*, já que não se trata de algo que possa ser identificado na natureza ou

---

<sup>33</sup> Foi dada preferência à terminologia em inglês de forma a não diminuir as possibilidades de entendimento. Anote-se que, em português do Brasil, há divergência quanto à tradução. A versão de *Justice in robes* traduzida por CAMARGO (DWORKIN, 2010, pp. 15-17) utiliza “conceitos baseados em critérios”, “conceitos de espécies naturais” e “conceitos interpretativos”. Por outro lado, MACEDO JUNIOR (2014, p. 252) usa “conceitos criteriosais”, “conceitos naturais” e “conceitos interpretativos”.

mesmo dependa de uma concordância conceitual. Não se pode distinguir o que uma comunidade democrática pensa sobre seus limites e deveres com a clareza de quem desenha um triângulo, sendo uma atividade aberta e constantemente construída pelos membros desta sociedade. Apenas para exemplificar, nesta mesma sociedade pode ser discutido, como ocorreu diversos lugares, sobre se a aplicação da ideia de igualdade demanda uma atuação positiva ou apenas uma garantia negativa pelo Estado, permitindo ou não a supressão ou diminuição da desigualdade material por ações afirmativas, tais como as cotas para ingresso em universidades públicas ou cargos públicos<sup>34</sup>.

Por mais sedutor e facilitador que a adoção de um *criterial concept* possa ser, afinal, de posse de tais critérios, é possível traçar marcos divisórios “claros” entre o que é o que não é, tais simplificações fazem pouco da complexidade envolvida na questão jurídica de uma comunidade e nada resolvem. As dimensões normativa e valorativa presentes no Direito impedem que simples definições quase gramaticais possam servir para definir algo que seja genuinamente jurídico para fins de uma decisão judicial, funcionando apenas em termos didáticos (explicitação propedêutica em salas de aula) ou sociológicos (identificação de como uma sociedade se comporta frente a determinadas situações). Uma definição criterial de Direito funciona adequadamente, portanto, para aqueles que se comportam como observadores externos da prática jurídica e não para os que são chamados a participar do ponto de vista interno, seja como o prolator da decisão ou o seu intérprete.

A concepção de Estado de Direito Democrático aqui defendida é fruto da visão peculiar de DWORKIN sobre o liberalismo, na qual igualdade e liberdade são valores complementares e não antagônicos<sup>35</sup>. Não há razões para se ocultar a “matriz genética”, uma vez que a ideia, mesmo controversa por natureza, é substancialmente superior às outras vertentes, na medida em que suportada por uma teoria que confere melhor tratamento às demandas de uma sociedade complexa como a contemporânea,

---

<sup>34</sup> Sobre as cotas para universidades públicas, o Supremo Tribunal Federal brasileiro admitiu a constitucionalidade de tais expedientes quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186.

<sup>35</sup> “... liberty and equality, can be understood as part of the same virtue, as complimentary rather antagonistic. (...) I cannot say that everybody who is liberal accepts what I am about to say because they have other ways of uniting these two ideals.” (1993, p. 274)

diverso do que ocorre com o liberalismo negativo, que parte de uma relação antagônica entre liberdade e igualdade, prestigiando a primeira, ou com o utilitarismo, que busca maximizar os ganhos em sociedade. A relação de complementaridade entre igualdade e liberdade proposta no liberalismo abrangente<sup>36</sup> de DWORKIN permite que as questões relativas às desigualdades econômicas sejam tratadas como parte integrante das tarefas de Estado sem qualquer prejuízo à liberdade, ao contrário, possibilitando que as pessoas sejam realmente livres para escolher seu ideal de boa vida, sem constrangimentos de ordem material.

É de se pontuar, por oportuno, que os desafios apresentados pela teoria de DWORKIN às teorias rivais, tais como o positivismo inclusivo de matriz hartiana, o pragmatismo, o realismo, o ceticismo e o relativismo moral serão abordados no curso deste capítulo com exposições objetivas dos pontos de divergência. Sem prejuízo do objeto da investigação, serão traçados paralelos com algumas posturas teóricas não tão claras, como o ecletismo brasileiro, e, por fim, haverá referências bibliográficas que permitirão ao interessado a ampliação do debate, visto que a autolimitação temática imposta ao trabalho impede um excuro por todos os pormenores e variantes das teorias concorrentes, dada a amplitude das controvérsias sobre os diversos temas tratados pelo autor em referência.

Destarte, em retorno ao questionamento que intitula o capítulo, a resposta segue no sentido de que a decisão judicial deve apresentar o Direito em sua inteireza de forma coerente e harmônica, pensado como um empreendimento coletivo com um propósito normativo no sentido de promover o igual tratamento de todos perante o poder público em prol da dignidade humana (artigo 1º da CRP e artigo 1º, III da CRFB/88), sem espaço para apreciações subjetivas, discricionárias, decisionistas ou voluntaristas por parte dos decisores, respeitando direitos dos cidadãos e a cultura jurídica<sup>37</sup> em que se encontra e se desenvolve.

---

<sup>36</sup> Sobre o liberalismo dworkiniano e o confronto com as outras posições, v. FURQUIM, 2010. pp. 91-97.

<sup>37</sup> Tema tratado por HESPANHA (2012) em obra incontornável em termos de poder de síntese - *Cultura jurídica europeia*, devendo ser ressaltado que o autor, no plano da teoria do Direito, compartilha de uma visão positivista mais próxima de HART em oposição a DWORKIN (cf. HESPANHA, 2014. pp. 142-143).

### III.a – Discrecionariedade judicial, decisionismo, voluntarismo, subjetivismo e suas variações

Os termos discrecionariedade, decisionismo, voluntarismo e subjetivismo surgem no curso do debate jurídico entre positivistas e não positivistas (classificação mais ampla que inclui desde jusnaturalistas como FINNIS até defensores da terceira via interpretativista como DWORKIN) quando se trata de definir a questão da decisão judicial, do ponto de vista de sua metodologia e teoria. O modo como os diversos autores tratam a temática afasta a possibilidade de se considerar os referidos termos como idênticos, já que apresentam nuances e peculiaridades que decorrem da sua inserção no universo teórico de cada autor. No entanto, a par de não serem idênticos, os laços familiares são inegáveis. Com graus variáveis, tais termos decorrem de uma visão relativista quanto ao Direito e aos juízos morais, uma vez que afirmam e, ao mesmo tempo, se rendem a uma impossibilidade de definição neste campo, fazendo com que sejam apresentados como a única saída razoável. Outro traço de família que os liga está no fato de que os termos concedem ao decisor uma margem de liberdade, maior ou menor, quando da adjudicação judicial, seja em razão da “textura aberta” da linguagem, da indefinição dos valores ou outro lugar-comum argumentativo próprio do relativismo.

De forma a possibilitar maiores ganhos de compreensão na presente exposição, será considerado como discrecionária a decisão que for o resultado de um processo de interpretação no qual o decisor possa eleger as soluções dentre as possíveis para cada problema jurídico, seja com total liberdade de escolha, o que poderia ser classificado como uma decisão arbitrária, ou com regramentos próprios, no que seria identificado com uma discrecionariedade “regrada” ou “limitada” e, portanto, mais palatável para os juristas<sup>38</sup>. Assim, o discrecionário importará na possibilidade de

---

<sup>38</sup> Em um de seus primeiros trabalhos, DWORKIN distinguiu a discrecionariedade em sentido fraco daquela em sentido forte (“Sometimes we use “discretion” in a weak sense, simply to say that for some reason the standards an official must apply cannot be applied mechanically but demand the use of judgment. (...) Sometimes we use the term in a different weak sense, to say only that some official has final authority to make a decision and cannot be reviewed and reversed by any other official. (...) I call both of these senses weak to distinguish them from a stronger sense. We use “discretion” sometimes not merely to say that an official must use judgment in applying the standards set him by authority, or that no one will review that exercise of judgment, but to say that on some issue he is simply not bound by standards set by the authority in question.” (1967. pp. 32-33). Para efeitos do presente estudo, tal distinção não será usada,

escolhas pelo intérprete, sendo que as opções apresentadas são consideradas como corretas, mesmo que díspares, para resolver a mesma questão, o que importa em um total descontrolo pelo Direito democrático, uma vez que todas as alternativas são, ou aspiram ser, lícitas.

### III.a.i – O ceticismo de Kelsen

“O que sobretudo importa, porém - o que tem de ser sempre acentuado e nunca o será suficientemente - é a idéia de que não há uma única Moral, “a” Moral, mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes uns dos outros e muitas vezes antagônicos” (KELSEN, 1999. p. 49).

Um dos juristas mais influentes de todo o século XX, reconhecido como corifeu do positivismo jurídico normativista<sup>39</sup>, KELSEN desenvolveu uma vasta obra e de extremo rigor sistemático. Especialmente no mundo jurídico romano-germânico, gerações de juristas foram moldadas tendo como referência a sua obra<sup>40</sup>, sendo praticamente impossível, recontar a história da teoria do Direito sem demarcar um capítulo especial para a sua contribuição. Por ser uma associação imediata e necessária

---

visto que não acrescenta ao debate maior precisão do que a distinção arbitrariedade-discrecionalidade (regrada) que usualmente se trabalha na esfera do Direito Administrativo, conforme MAURER, 2001. p. 48, CAETANO, 2001. p. 31, PAREDES, 1903. pp. 61-62 e MAYER, 1982. p. 132.

<sup>39</sup> Em ácida observação, MULLER afirma que “a denominação usual da teoria kelseniana de “normativismo” é excessivamente otimista; ordens isoladas sem referência material carecem de acesso à normatividade.” (2012. p. 43)

<sup>40</sup> É bem verdade que “muitos doutrinadores autodenominados kelsenianos se contentam com o Kelsen da primeira página do Teoria Pura do Direito” (COELHO, 2001. p. 61), ou seja, encantados com a possibilidade de adquirir o selo de cientificidade, tal qual como ocorre com as prestigiadas ciências naturais, ficam com a parte que cuida da separação do Direito e da Moral, sem avançar para a temática da interpretação do Direito, ponto extremamente problemático da TPD, conforme será visto. A crítica aos autodenominados “kelsenianos” é reforçada por GRAU para quem “cumpre apartar, porém, Kelsen dos kelsenianos. Apologistas do direito são estes últimos. Kelsen, contudo, mantém permanente posição de hostilidade em relação a ele. A crítica do direito, que produz, é *formal*, na medida em que, para ele, todo e qualquer direito, sempre, é destrutível como forma de *controle* e, logo, de *dominação social*. Daí a necessidade de revistar-se, criticamente, a obra de Kelsen.” (2011. p. 31). Os que se dizem kelsenianos reproduzem, ainda, outro ponto de confusão, uma vez que a “pirâmide de Kelsen”, em que as normas seriam escalonadas de forma hierárquica, é modelo criado por um discípulo de KELSEN, ADOLF MERKL, o qual é apontado pelo mentor como cofundador da Teoria Pura do Direito. v. MARTÍNEZ-VILLALBA, 2013. p. 438, DOMINGO, 2009. p. 30



ao positivismo, o nome de KELSEN não pode ser olvidado em qualquer análise que tenha como tema a discussão dos fundamentos do Direito, uma vez que o paradigma dominante ainda é o de índole positivista, o qual influencia e condiciona o que se entende por Direito.

Do ponto de vista moral, como se percebe do trecho que inaugura o presente tópico, KELSEN era relativista, sendo cético quanto à existência de um padrão moral que fundamentasse uma teoria jurídica. Tal postura está em sintonia com o paradigma da separação entre Direito e Moral, o qual é defendido como condição necessária para a aquisição do selo de cientificidade para o Direito<sup>41</sup>. A Teoria Pura do Direito (TPD) é uma obra cética e até pessimista<sup>42</sup> quanto à possibilidade de acerto no que diz respeito a afirmações desprovidas de conteúdo descritivo de uma realidade normativa. As afirmações passam a ser consideradas científicas quando partem de uma análise externa ao objeto “Direito”, descrevendo-o “como é”, fazendo com que o Direito “como deveria ser” passe a ser objeto de outra disciplina em nome da pureza metodológica, afinal as considerações que não podem ser provadas e descritas partindo das estruturas epistemológicas próprias das “Ciências” são desprovidas de interesse para o teórico “puro” do Direito, conforme o modelo de pensamento vigente na primeira metade do século XX. Tal modelo é tributário da distinção e separação rígida entre objeto e sujeito de conhecimento, o que fazia com que as distinções entre “ser” e “dever ser”, especialmente no âmbito jurídico, ainda representassem estruturas canônicas no pensamento jurídico<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> “A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.” (KELSEN, 1999. p. 48)

<sup>42</sup> cf. STRECK, 2013. p. 69.

<sup>43</sup> “Purificado” o Direito mediante o artifício metafísico e a concepção formalista, ainda temos de discutir o preço de tudo isso. O “fetichismo formalista” de KELSEN, na feliz expressão de MIAILLE (1979, p. 307), “torna por demasiado visível o que a ideologia liberal tentava ocultar: o homem como pura imaginação, ocultando um universo objetivo de mecanismos autônomos – talvez mesmo completamente independentes desses homens.” (p. 298). Ou seja, o Direito purificado (ou seria “esterilizado”) serve a um senhor que se ocultava nas sombras e pressupõe uma sociedade que não admite contradições internas e que pode permanecer sem modificações.

Para a temática da discricionariedade judicial, é importante pontuar a classificação entre ato de conhecimento e ato de vontade, em que o primeiro estaria reservado às proposições sem obrigatoriedade extraídas de uma atividade neutra e objetiva, próprias de um teórico ou cientista “puro”, enquanto que o segundo estaria inserido na aplicação do Direito<sup>44</sup>, no curso de uma atividade de política jurídica influenciada por juízos de valor, pela moral, pelo progresso, pelo bem do povo entre outros, apontando para uma atividade “impura” e contaminada por dados estranhos ao objeto cognoscente. Ressalte-se, ainda, que o termo discricionariedade não consta expressamente do cardápio terminológico kelseniano. No entanto, é lícito asseverar que a discricionariedade judicial surge de maneira nítida no último capítulo da TPD quanto se cuida da interpretação jurídica, sendo a seara em que se vislumbra a chamada escolha do julgador (discricionariedade), por um ato de vontade exercido em uma “moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação” e com força criativa de Direito (KELSEN, 1999, pp. 247 e 249-250).

Desta forma, a “purificação” do Direito com a exclusão dos elementos que lhe seriam estranhos, reforçando o positivismo metodológico (BOBBIO, 1995. p. 238), mostra-se viável na exata medida do sacrifício da certeza e da objetividade quando da interpretação, justamente no momento em que as virtudes e vicissitudes do Direito aparecem. Apenas com a rejeição da natureza eminentemente prática do empreendimento jurídico é que a metodologia que se diz científica<sup>45</sup> pode ganhar importância e ser entendida. Os valores expulsos pela porta da “ciência”<sup>46</sup> do Direito retornam pela janela da interpretação operada com a decisão, momento normativo essencial. Como já asseverado, a separação entre Direito e Moral proposta nesta metodologia depende, ainda, da distinção entre “ser” e “dever ser”, “interpretação” e

---

<sup>44</sup> “In the application of law by a legal organ, the cognitive interpretation of the law to be applied is combined with an act of will by which the law-applying organ chooses between the possibilities shown by cognitive interpretation.” (KELSEN, 2008. p. 354)

<sup>45</sup> O próprio conceito de Ciência, base para os naturalismos e suas derivações, não está isento de controvérsia, conforme se colhe do debate entre KUHN e POPPER sobre a demarcação entre Ciência e Pseudociência. v. HANSSON, 2015.

<sup>46</sup> No dizer de MULLER, “Kelsen se interessa pelo tratamento de problemas jurídicos mais pelo conceito de ciência do que pelo de direito.” (2013. p. 42)

“aplicação”, “questão de fato” e “questão de direito”<sup>47 48</sup> e tantos outros pares gnosiológicos próprios do paradigma da filosofia da consciência<sup>49</sup>.

Neste ponto é interessante registrar os avanços teóricos apresentados por autores como os já citados NEVES (1967) e MULLER (2013), no sentido de uma nova e interessante versão da ideia normativa como sendo produzida no decurso da decisão do caso. No dizer do último “não existe *ante casum*: o caso da decisão lhe é coconstitutivo. O texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado “concretização”, ainda que um elemento de trabalho em posição de destaque.” (2013. p. 114). Quer isto dizer que texto e norma não são idênticos, na medida em que o texto legal não contém a normatividade, apenas serve como um dos elementos para a sua vivificação no caso. É importante, ainda, assentar que o texto legal não é, de forma alguma, desprezível, especialmente no Estado de Direito Democrático. Se, de um lado, a norma não está contida na letra da lei, é de se afastar o antilegalismo<sup>50</sup>, ou seja, uma postura avessa aos lindes legais em prol de decisões permeadas de valores.

A despeito destes reparos, no entanto, a proposta teórica do positivismo normativo não encontra maiores problemas para se adaptar à realidade jurídica contemporânea e justificá-la, sendo a que mais amplamente se difunde em termos acadêmicos. A distinção entre ser e dever ser ainda forma o paradigma de pensamento dominante, fazendo com que a “purificação” passe a fazer sentido. Destarte, o problema não está na capacidade de explicação da realidade, uma vez que a identificação do Direito posto como sendo algo separado da Moral é perfeitamente possível, admissível e,

---

<sup>47</sup> cf. BARBERIS (2010, p. 50) há uma família de distinções logicamente conectadas à ideia de ser/dever ser, tais como analítico/sintético, linguagem/metalinguagem, cognoscitivo/normativo, ato de vontade/ato de conhecimento etc. Veja-se que KELSEN lança mão de todos os pares em sua teoria, sendo que a ideia de uma metanorma (a norma fundamental), que seja o fundamento de validade das normas postas, é o exemplo mais marcante.

<sup>48</sup> No que diz respeito ao par “questão de fato” e “questão de direito”, objeto de extenso e intenso estudo refutador por CASTANHEIRA NEVES há quase cinquenta anos, é de se registrar que tal par faz parte da cultura jurídica portuguesa e brasileira (sendo encontrado até no Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH), bastando uma simples consulta aos repositórios jurisprudenciais para se identificar a referência, em títulos separados dos documentos jurídicos, aos fatos e ao direito, como se pudessem ser dissociados. Por mais resistente que a cultura jurídica possa ser neste ponto, a separação pretendida possui apenas um efeito superficial e, talvez, didático. v. NEVES, 1967.

<sup>49</sup> “Na sua transformação radical do direito à imagem da lógica formal, Kelsen levou ao ápice da abstração a separação e contraposição de norma e realidade, ser e dever ser.” (MULLER, 2013. p. 42)

<sup>50</sup> Apontando os perigos para a democracia em tais posturas antilegalistas, HESPANHA (2013) vaticina que tal posição é a vingança definitiva conta os políticos, visto que o Direito seria criado ou nas cátedras ou nos tribunais.

até, preferível<sup>51</sup> para os juristas, haja vista que o pretense verniz científico vem dar a nota de fechamento para este ordenamento isento de contradições morais e simplesmente positivado. Assim, as qualidades de unidade e completude do ordenamento jurídico, originalmente presentes no jusnaturalismo racionalista, passam a escotar o positivismo e ganham maior importância com a ideia de cientificidade.

Igualmente, a leitura de que haveria um quadro (ou “moldura”) em que o intérprete pudesse transitar se adequa com perfeição à atividade legislativa que fez florescer as chamadas cláusulas gerais a partir, sobretudo, do Código Civil alemão (BGB). Tais cláusulas gerais são definidas como sendo “linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade.” (WIEACKER, 2004. p. 545)<sup>52</sup>. O exemplo característico é a boa-fé, inscrita em diversos diplomas legais como no Código Civil português - CCP (artigo 227º, 1<sup>53</sup>, dentre outros) e no Código Civil brasileiro - CCB (artigo 422<sup>54</sup>, p. ex.), a qual confere ao intérprete um amplo espaço de considerações para definir se a conduta das partes contratantes está ou não viciada. As cláusulas gerais, apresentadas em termos obrigatoriamente mais amplos que a técnica legislativa antecessora da casuística e da abstração conceitual, possuem estreita relação com a nominada “textura aberta” do Direito que depois será referida por HART (1994. p. 124), uma vez que as zonas de penumbra da linguagem estão presentes em sua elaboração e, sobretudo, geram um espaço de criação para o intérprete.

Desta forma, o problema está, justamente, nas consequências que a adoção da teoria positivista normativa traz para o Estado de Direito Democrático, uma vez que no referido momento coconstitutivo da normatividade jurídica - a interpretação do caso - o direito dos cidadãos fica na dependência de um ato volitivo do agente estatal

---

<sup>51</sup> A preferência fica mais evidente em ambientes em que há a predominância do relativismo, haja vista que se tudo é relativo, nada mais razoável do que entender que as escolhas - frutos dos atos de vontade (interpretação) - são todas jurídicas, afinal foram produzidas a partir de um Direito com cariz científico e estão dentro das possibilidades que o ordenamento confere.

<sup>52</sup> A técnica legislativa presente nas cláusulas gerais é considerada por WIEACKER como uma “elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva” (2004. pp. 545-546). É bem de ver que o positivismo aqui referido é o positivismo legalista, o qual foi justamente ultrapassado pelo dito positivismo normativista e, posteriormente, pelo positivismo inclusivista hartiano.

<sup>53</sup> “Artigo 227º, 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

<sup>54</sup> “Artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

(magistrado) e não nas próprias qualidades do Direito. A questão mostra-se traumática, dado que a boa ou má disposição de ânimo de um agente público pode ser determinante para a definição de direitos. Por mais que se confie nas qualidades pessoais e na perfeição da seleção do pessoal da magistratura, a solução jurídica deve ser institucional e não pessoal. O caminho evolutivo de nossas instituições não comporta um retrocesso personalista, razão pela qual o aperfeiçoamento das estruturas de exercício de poder deve prestigiar as próprias instituições e seus mecanismos, nunca seus ocupantes transitórios. Não se está em jogo uma simples questão de escolhas, mas algo que pode definir o comportamento e as expectativas normativas da comunidade. Resgatando a expressão dworkiniana, é preciso levar os direitos dos cidadãos e o Direito como empreendimento normativo comunitário a sério, sobretudo em uma sociedade que se entende por democrática.

### III.a.ii – O sono de Hart.

“(…) I have portrayed American jurisprudence as beset by two extremes, the Nightmare and Noble Dream: the view that judges always make and never find the law they impose on litigants, and the opposed view that they never make it. Like any other nightmare and any other dream, these two are, in my view, illusion, though they have much of value to teach the jurist in his waking hours. The truth, perhaps unexciting, is that sometimes judges do one and sometimes the other. It is not of course a matter of indifference but of very great importance which they do and when and how they do it.” (HART, 1983. p. 144)

Outra referência do positivismo jurídico durante o século XX foi HERBERT HART, o qual desenvolveu uma obra menos sistemática que a de Kelsen, porém mais fluida e convidativa, sendo difundida tanto no mundo do *common law*<sup>55</sup> quanto no denominado *civil law*. A influência de HART no debate jurídico é inequívoca, sendo considerado como referência por diversos juristas da atualidade desde CARRIÓ (2006, p.

---

<sup>55</sup> “Una teoría que se compara, entra en diálogo, y busca superar aquel otro paradigma indiscutible del siglo XX: la teoría del Derecho elaborada por Hans Kelsen.” (REDONDO, 2010. p. 12)

14) até HESPANHA (2014, pp. 142-143), contando com diversos discípulos, cada qual desenvolvendo um aspecto de sua teoria, seja no sentido do chamado positivismo *soft* ou inclusivo (vg. WALUCHOW, COLEMAN, SOPER e LYONS cf. GREEN, 2009) ou no sentido do denominado positivismo exclusivo (vg. RAZ e SHAPIRO, cf. GREEN, 2009)<sup>56</sup>.

É de se asseverar que os referidos desdobramentos do positivismo em versões ditas inclusivistas ou exclusivistas podem ser considerados, em grande medida, como formas de defesa do positivismo de matriz hartiana aos contrapontos lançados por DWORKIN em seu *general attack on positivism* (1967-1968, p. 22)<sup>57</sup>. É possível dizer que as respostas apresentadas pelo positivismo *soft* foram extremamente eficazes contra a primeira leva de críticas apresentadas no trabalho *The moldel of rules* (1967-1968), uma vez que passaram a dar um tratamento mais dedicado ao tema dos princípios, sem abrir mão da regra de reconhecimento<sup>58</sup> e da separação entre Direito e Moral como pilares

---

<sup>56</sup> *Grosso modo*, a divergência entre os seguidores pode ser reduzida, para fins didáticos e com evidente perda de conteúdo, à existência ou não de conexão entre o Direito e a Moral, apresentada como inexistente pelo positivismo exclusivo e admitida como possível (porém não necessária) pelo positivismo inclusivo. Esta última vertente do positivismo admite a possibilidade de o próprio Direito regular a incorporação dos padrões ou valores morais aos seus, ou seja, resolve a questão do ponto de vista das fontes do Direito, na medida em que faz jurídico aquilo, e somente aquilo, que estiver consagrado por uma fonte formal do Direito.

<sup>57</sup> A pretensão de DWORKIN em lançar um ataque geral ao positivismo, escolhendo HART como personificação da teoria, retrata a importância do autor em comento, encarregado de ser o defensor de todas as hostes positivistas. Como se percebe, o expediente adotado por DWORKIN possui muito mais força retórica do que propriamente científica. O positivismo não pode ser resumido em apenas um teórico, comportando inúmeras variações e vertentes, desde o paleopositivismo do Estado Legislativo de Direito, tendo como expoente a escola da exegese, passando por um positivismo normativo de raiz kelseniana até o modelo defendido por HART. A escolha do opositor, incluindo algumas interpretações imperfeitas de sua tese, as quais foram denunciadas no *Postscript* (1994. p. 250-254), pode dar a entender que foi usada a falácia do espantalho (*straw man fallacy*). No entanto, superado este mal-estar teórico, o fato é que, como será visto, as críticas lançadas por DWORKIN, ex-discípulo de HART, talvez por soarem como mais um episódio de parricídio teórico, assim como tantos outros que se seguiram a ARISTÓTELES e PLATÃO, lançaram o positivismo em outro estágio de desenvolvimento e aperfeiçoamento, ou seja, o ataque pode não ter sido tão abrangente no que diz respeito aos fundamentos dos vários positivismos, mas foi respondido como se o fosse.

<sup>58</sup> Para HART o Direito em sociedades complexas como a nossa é composto por duas ordens de regras, primárias (de obrigação) e secundárias (de reconhecimento). As regras primárias de obrigação estariam em um plano estático definindo um padrão de comportamento que é exigível dos que se encontram a ela subordinados. A simples presença de tais regras não chegaria a formar um sistema, na medida em que seria apenas um conjunto desordenado de obrigações que, no limite, poderiam se tornar ineficazes, na medida em que não se saberia como resolver eventuais incertezas geradas pelas próprias regras. Quer isto dizer que com a proliferação destas regras chegaríamos a um ponto de dúvida sobre o conteúdo das obrigações e como as pessoas seriam forçadas a cumprir tais comandos, tendo em vista a desorganização gerada pela ausência de um sistema. Em tal cenário de complexidade, seria necessária a adição de uma outra forma de regra, agora chamada secundária, que incluem três espécies (regras de reconhecimento, regras de alteração e regras de julgamento), que converteria o conjunto de regras primárias em um sistema. As regras de reconhecimento fariam o papel de regras sobre as próprias regras, ou seja, teriam como objeto a ser disciplinado as regras em si, definindo o que seria uma regra (primária) que contaria com a autoridade necessária para ser apoiada pelo grupo social. As regras de alteração tratam das

teóricos, o que manteve a estatura “positivista”, mesmo que com dissenso com os exclusivistas.

O ponto central deste primeiro ataque ao positivismo estava na distinção entre regras e princípios, ausente no modelo hartiano. Para DWORKIN, de um lado, teríamos as regras, as quais se diferenciariam dos princípios por um ponto de vista lógico, ou seja, seriam aplicáveis em termos de tudo-ou-nada (1967-1968. p. 25), em sendo a regra válida a sua aplicação é inevitável, conforme o exemplo presente nas regras do futebol<sup>59</sup>. Partindo da definição do livro de regras do futebol, um golo marcado com as mãos está em discordância com a regra número 10, dado ter sido conseguido com a infração à regra número 12. Desta forma, a referida regra somente funcionará em um sistema binário de “sim” ou “não”, de tudo-ou-nada. De outra ponta, os princípios, definidos com padrões de comportamento que devem ser observados por serem uma exigência de moralidade política, como a justiça e a equidade, teriam uma dimensão de peso ou importância que as regras não possuem, sendo que em caso de confronto entre princípios a forma de solução não estaria no modelo tudo-ou-nada, mas sim na apreciação desta dimensão de peso e importância para o caso em concreto, não apresentando um caráter conclusivo como as regras (1967-1968. p. 23-29)<sup>60</sup>.

Conforme apresentou HART em seu *Postscript* (1994. 259-268) e mesmo no próprio *The Concept of Law* já referido (1994. p. 99), os princípios não foram excluídos do positivismo, visto que a definição das regras primárias e secundárias não

---

atribuição de poderes a uma pessoa ou corpo de indivíduos para inserir novas regras, podendo ser vistas hoje como regras de competência legislativa, definindo os papéis do Executivo, do Legislativo e do Judiciário na produção de regras de obrigação. Por fim, as regras de julgamento identificam como e por quem as regras de obrigação serão aplicadas, sendo hoje as regras processuais e de competência. Estas últimas seriam ambivalentes, conforme HART, uma vez que, além de definir a forma do julgamento, identificariam as regras primárias através dos julgamentos, os quais passariam à estatura de fonte do Direito. (1994. pp. 91-99). Importa mencionar que HART não fecha o sistema com a junção de tais regras, o que permitiu, depois a absorção das críticas e a evolução da teoria positivista, cf. “But we shall conclude this chapter with a warning: though the combination of primary and secondary rules merits, because it explains many aspects of law, the central place assigned to it, this, cannot by itself illuminate every problem. The union of primary and secondary rules is at the centre of a legal system; but it is not the whole, and as we move away from the centre we shall have to accommodate, in ways indicated in later chapters, elements of a different character.” (1994. p. 99)

<sup>59</sup> O exemplo, no original, se refere ao baseball, o qual não conta com tantos adeptos quanto o futebol, o que faz com que a alteração permita maior clareza na explicação, tendo em vista que suas regras são, de um modo geral, compartilhadas por um maior número de pessoas.

<sup>60</sup> Os princípios se diferenciam, ainda, das políticas, as quais são padrões voltados para a consecução de uma finalidade, um objetivo, que pode ser uma melhoria do ponto de vista econômico, social ou político. (1967-1968. p. 23)

afasta a sua apreciação como parte do Direito, no que a crítica se fundaria mais em uma deficiência terminológica presente na expressão “variable legal standards” do que propriamente em eventual defeito de fundo<sup>61</sup>. Ainda defendendo seu ponto de vista, HART aponta para o fato de que a admissão dos princípios como parte do Direito é compatível com a regra de reconhecimento. Enquanto DWORKIN entende que os princípios somente podem ser identificados a partir de uma interpretação construtiva dentro de uma comunidade de princípios (1986. p. 243) e não a partir de convenções como a regra de reconhecimento, HART afirma a necessidade de uma regra de reconhecimento com cariz convencional justamente para poder identificar o que seriam princípios aplicáveis pelos juízes (1994. p. 266-267)<sup>62</sup>. De forma exemplificativa, tomando como certa a descrição de HART<sup>63</sup>, de um lado os princípios não seriam identificados por conta de sua origem ou *pedigree* (como trata DWORKIN), mas sim a partir de uma teoria indene aos influxos das convenções estabelecidas entre os juízes ou mesmo dentro da comunidade, e de outro haveria a dependência da admissão dos referidos padrões pelas convenções estabelecidas pelos juízes, ou seja, somente seriam princípios aqueles padrões que fossem bem-sucedidos em uma teste frente às convenções sedimentadas nos tribunais.

Do mesmo modo que o positivismo normativo possui alta capacidade para se adaptar à realidade jurídica contemporânea e justificá-la, como referido no item anterior, o positivismo inclusivo defendido por HART e seus discípulos cumpre de

---

<sup>61</sup> “Much credit is due to Dworkin for having shown and illustrated their importance and their role in legal reasoning, and certainly it was a serious mistake on my part not to have stressed their non-conclusive force. But I certainly did not intend in my use of the word ‘rule’ to claim that legal systems comprise only ‘all-or-nothing’ or near-conclusive rules. I not only drew attention (see pp. 130-3 of this book) to what I termed (perhaps infelicitously) ‘variable legal standards’ which specify factors to be taken into account and weighed against others, but I attempted (see pp. 133-4) to explain why some areas of conduct were suitable for regulation not by such variable standards as ‘due care’ but rather by nearconclusive rules prohibiting or requiring the same specific actions in all but rare cases.” (1994. p. 263)

<sup>62</sup> “The main difference between my view and Dworkin’s here is that whereas I ascribe the general agreement found among judges as to the criteria for the identification of the sources of law to their shared acceptance of rules providing such criteria, Dworkin prefers to speak not of rules but of ‘consensus’ and ‘paradigms’ and ‘assumptions’ which members of the same interpretive community share. Of course, as Dworkin has made clear, there is an important distinction between a consensus of independent convictions where the concurrence of others is not part of the reason which each party to the consensus has for concurring, and a consensus of convention where it is such a part. Certainly the rule of recognition is treated in my book as resting on a conventional form of judicial consensus.” (1994. p. 266-267)

<sup>63</sup> Aquando do desenvolvimento da defesa da tese dos direitos e sua relação de dependência para com a noção de Estado de Direito Democrático será visto que tal descrição, que parece jogar a teoria de DWORKIN em um campo metafísico, não está correta, já que os princípios não surgem do nada ou da vontade do intérprete, ao contrário, devendo ser tributários da integridade do Direito.



maneira exemplar o seu papel, especialmente frente ao quadro constitucional que surgiu no segundo pós-guerra, apresentando textos com maior abertura aos “valores” de cada comunidade, com especial reconhecimento da dignidade humana, figura normativa constante, por exemplo, da Lei Fundamental de Bonn (artigo 1)<sup>64</sup>, da Constituição da República Portuguesa de 1976 (artigo 1º)<sup>65</sup>, da Constituição Espanhola de 1978 (artigo 10)<sup>66</sup> e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (artigo 1º, III)<sup>67</sup>. Neste cenário, uma teoria que venha a admitir a conexão do direito com valores morais, desde que devidamente incorporados no ordenamento, corresponde de forma satisfatória à maioria dos textos constitucionais hoje vigentes.

Importa frisar, novamente, que a tese da separação entre Direito e Moral continua de pé na versão inclusiva, que apenas admite a incorporação de padrões morais como Direito, face aos avanços presentes nos textos constitucionais. Quer isto dizer que não há uma conexão necessária entre o Direito e a Moral, apenas uma conexão contingente e regrada pelo próprio Direito, ou seja, somente aquelas partes da Moral que o Direito entender que devam ser admitidas e incorporadas é que importam. A despeito dos ataques apresentados pelos exclusivistas<sup>68</sup>, os quais defendem que o Direito define-se e encontra-se apenas com base em suas fontes (*source-based*) e não em parâmetros estranhos, como a Moral, fazendo com que qualquer apelo a tais parâmetros estranhos ao Direito importe não em uso de um eventual poder discricionário, mas sim na produção de Direito<sup>69</sup>, a tese da incorporação continua firme, mantendo seu peso como a mais influente no cenário da Teoria do Direito.

---

<sup>64</sup> “Artikel 1 (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

<sup>65</sup> “Artigo 1.º República Portuguesa - Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

<sup>66</sup> “Artículo 10. 1 La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

<sup>67</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; (...)”

<sup>68</sup> Até mesmo alguns inclusivistas apontam para o fato de que a inclusão de padrões morais influencia negativamente a eficácia da regra de reconhecimento. No entanto, tal admissão não importa em negação do caráter convencional da regra de reconhecimento, v. POSTEMA, 2011.p. 477. Os pontos de conflito entre o positivismo *soft* e o *hard*, especialmente as críticas lançadas por este último, podem ser verificados em RAZ, 1985 e 2004. A presente remissão serve para ampliar o debate, tendo em vista que a controvérsia entre os positivistas escapa ao objeto do presente estudo.

<sup>69</sup> Interessa pontuar que os exclusivistas não desmerecem o papel da Moral no raciocínio jurídico, o qual seria um caso especial do raciocínio moral, conforme exposto por RAZ (POSTEMA, 2011. p. 461). Ocorre

A balança tende ainda mais para o positivismo inclusivo quando se entende que os textos são polissêmicos, na exata medida em que tratam de valores com alta carga de controvérsia e diversidade na sua interpretação. Tomemos como exemplo a interpretação da liberdade de expressão, que pode variar desde um extremo ilimitado, incluindo o chamado *hate speech*, até outro ponto mais restritivo em benefício da honra ou outros valores (até mesmo religiosos, como a criminalização da “blasfêmia”)<sup>70</sup>. Ideias fundamentais e tradicionais como o “casamento” e a “família” passaram a incluir, de forma totalmente justa<sup>71</sup>, as demandas de diversos grupos minoritários que sempre foram olvidados pelos regramentos estatais. A sociedade plural<sup>72</sup> reconfigurou diversas áreas do comportamento, sendo de se reconhecer que o debate ganhou mais força com a

---

que os vínculos que obrigam um magistrado moralmente não se confundem com os vínculos que o obrigam juridicamente a aplicar o Direito. O conceito chave para a teoria das fontes exclusivistas reside na autoridade que, superficialmente, pode ser definida como a capacidade de ser exigida determinada conduta ou resultado, seja de fato ou legitimamente (RAZ, 1985. pp. 296-299). O Direito reivindicaria a autoridade frente aos sujeitos submetidos à sua normatividade, que independe de qualquer parâmetro moral. Tal autoridade pode ser de ordem fática e legítima, sendo que o Direito deve gozar, ao menos, da autoridade fática, o que importaria, por consequência, na possibilidade de lei injustas gozarem de autoridade jurídica para um positivista *hard*. v. RAZ, 1985. p. 300.

<sup>70</sup> O Supremo Tribunal Federal do Brasil decidiu, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 82.424-2, relator ministro MAURÍCIO CORRÊA, que a liberdade de expressão é uma “garantia constitucional que não se tem como absoluta. (...) O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.”. O caso cuidava da publicação de livros antissemitas, seja na qualidade de autor ou de editor e distribuidor. Em primeira instância houve absolvição, decisão que foi revista em segunda instância, considerando como incurso nas penas do artigo 20 da Lei nº 7716/89 “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.”. A decisão de segunda instância foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, chegando ao Supremo Tribunal Federal por fim. O acórdão, contando com 488 páginas, está disponível no sítio eletrônico do STF ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) - <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>).

<sup>71</sup> A união homoafetiva foi considerada como entidade familiar, na forma da Constituição, pelo STF brasileiro na Ação de Descumprimento Fundamental - ADPF nº 132, julgada em 05.05.2011. Em reação, alguns setores parlamentares mais conservadores passaram a patrocinar o projeto de lei nº 6583/2013, nomeado como “Estatuto da Família”, que venha a definir a família como sendo a “entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” ([http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=E091B8F30B0FC3B7F7EE3AAB9EAE9968.proposicoesWeb2?codteor=1159761&filename=Tramitacao-PL+6583/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E091B8F30B0FC3B7F7EE3AAB9EAE9968.proposicoesWeb2?codteor=1159761&filename=Tramitacao-PL+6583/2013)). Tal “definição” apresentada pelo referido projeto de lei importa na criação de um conceito criterial, como se pudessem resumir e enclausurar toda a complexidade social com os olhos voltados para o passado e para argumentos religiosos ou de moralidade individual. O conceito de família é um conceito interpretativo, na medida em que depende do exercício de moralidade política para ser demonstrado e testado na sociedade.

<sup>72</sup> Aqui o relativismo busca colher os louros das conquistas dos reconhecimentos das demandas plurais em sociedade. No entanto, tal aproximação entre o relativismo e o pluralismo não nos deve enganar, já que é uma mera junção de aparências, dado que o pluralismo não se encontra em polo antagônico à defesa fundacionista. A existência de diversos valores, muitos dos quais interpretados como opostos, como a liberdade e a igualdade, não os faz irreconciliáveis, sendo este um dos pontos do liberalismo dworkiniano,

análise jurídica partindo de pontos de vista morais incorporados pelos textos constitucionais.

Outro dado que aponta para a aparente correção do modelo *soft* está no fato de que os valores incorporados pelo neoconstitucionalismo são, não raro, considerados como contraditórios, como a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano (artigo 170 da CRFB), a liberdade religiosa e a sociabilidade<sup>73</sup>, a liberdade religiosa (artigo 41º da CRP) e o direito à vida (artigo 24º da CRP)<sup>74</sup> e diversas outras situações de controvérsia que são usualmente nomeadas pela teoria constitucional como colisão de direitos fundamentais<sup>75</sup>. Alfim, não bastante a incorporação explícita dos referidos valores, os termos linguísticos usados no Direito ganharam em complexidade e amplitude, conforme as comunidades passaram a ser multiculturais de fato e de Direito e o progresso tecnológico transformou a realidade, dando razão à tese hartiana da *textura aberta* da linguagem<sup>76</sup>. Em tais situações, a grandeza e a versatilidade de uma obra como *The Concept of Law*<sup>77</sup> são inegáveis, haja vista sua precisão como descrição da realidade jurídica ocidental, talvez, não por outro motivo, DWORKIN tenha lançado seu ataque contra HART, como se este fosse o único legítimo representante da tradição positivista tão vasta e pluriforme.

Com tais registros, a questão da discricionariedade em HART, conforme lançada no trecho que faz a epígrafe do presente título, é apresentada como um caminho do meio inevitável na interpretação jurídica, considerando a amplitude significativa dos valores incorporados, a vagueza ou a textura aberta da linguagem e a multiplicidade de situações juridicamente não reguladas<sup>78</sup>. Tais assertivas são tributárias, em larga

---

<sup>73</sup> Como no caso da proibição francesa ao uso do véu ou indumentária religiosa que cubra totalmente o rosto, a qual foi referendada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em prol da sociabilidade. (Case S.A.S. v France, Application nº 43835/11, julgada por maioria em 01.07.2014, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466>)

<sup>74</sup> O qual pode surgir em situações extremas em seguidores de determinadas religiões que impedem a realização de transfusões de sangue, caso das Testemunhas de Jeová.

<sup>75</sup> V. CANOTILHO, 2003, pp. 1270ss.

<sup>76</sup> "(...) uncertainty at the borderline is the price to be paid for the use of general classifying terms in any form of communication concerning matters of fact." (HART, 1994. p. 128)

<sup>77</sup> Especialmente após o complemento apresentado no Postscript, "(...) unfinished at the time of his death was due only in part to his meticulous perfectionism. It was also due to persisting doubts about the wisdom of the project, and a nagging uncertainty whether he could do justice to the vigour and insight of the theses of the book as originally conceived." (HART, 1994. p. vii)

<sup>78</sup> "(...) my contention that in any legal system there will always be certain legally unregulated cases in which on some point no decision either way is dictated by the law and the law is accordingly partly

medida, das posturas filosóficas afinadas com o relativismo e com o ceticismo, os quais encontram amplo espaço para florescimento em tempos que se dizem pós-modernos<sup>79</sup>. No entanto, ao contrário do pessimismo de KELSEN quanto à tarefa interpretativa, HART afirma que a atividade discricionária dos juízes é contida pelos padrões aceitos para a prolação de decisões judiciais consideradas como corretas, sendo que os padrões não são criados pelos juízes, mas apenas aceitos.<sup>80</sup> Tais padrões seriam suficientes para que as preferências pessoais dos magistrados ficassem a parte do processo, cumprindo, aparentemente, o que se espera de uma decisão dentro do Estado de Direito Democrático.

Quando do *Postscript* a discricionariedade ganha mais um refinamento, após a comparação realizada com o poder legislativo propriamente dito, afirmando que os constrangimentos impostos pelos referidos padrões estreitam a escolha feita pelo magistrado, o qual deve agir como um *legislador consciencioso* quando do uso de seus *poderes intersticiais* (1994. p. 273)<sup>81</sup>. Mesmo assim, o problema persiste: há espaço, dentro de um ambiente democrático, para que as questões submetidas ao Judiciário fiquem ao dispor de escolhas pelos magistrados? Para HART (1980. p. 11) o poder de escolha seria um preço pequeno a se pagar frente às alternativas de solução, como o *référé législatif*, e estaria em afinidade com o que acontece nas modernas democracias com a delegação limitados de poderes legislativos ao Executivo.

---

indeterminate or incomplete. If in such cases the judge is to reach a decision and is not, as Bentham once advocated, to disclaim jurisdiction or to refer the points not regulated by the existing law to the legislature to decide, he must exercise his discretion and make law for the case instead of merely applying already pre-existing settled law. So in such legally unprovided-for or unregulated cases the judge both makes new law and applies the established law which both confers and constrains his law-making powers.” (HART, 1994. p. 272)

<sup>79</sup> Sobre a autodenominada pós-modernidade BOAVENTURA SANTOS arremata “Como todas as transições são semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pósmodernidade. Mas, à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação.” SANTOS, 2013. pp. 82-83

<sup>80</sup> “At any given moment judges, even those of a supreme court, are parts of a system the rules of which are determinate enough at the centre to supply standards of correct judicial decision. These are regarded by the courts as something which they are not free to disregard in the exercise of the authority to make those decisions which cannot be challenged within the system.” (HART, 1994. p. 145)

<sup>81</sup> A referência ao legislador consciencioso possui parentesco com a previsão do Código Civil Suíço (artigo 1, 2) que admite a decisão do juiz na ausência de previsão legal como se fosse legislador. Tal previsão encontra-se presente, também no artigo 10º, 3 do Código Civil Português quando cuida da integração das lacunas da lei, reconhecendo-se que o regramento português de interpretação da lei é mais refinado e detalhado, conforme se depreende do estudo dos artigos 8º, 9º e 10º do Código Civil, funcionando como bons exemplos positivados dos padrões de HART.

Como se percebe, o foco do positivismo inclusivo está na questão da linguagem e na impossibilidade de definição espanque de dúvida de suas acepções. Seja com a afirmação da polissemia da terminologia e da textura aberta da linguagem, no aspecto teórico, ou com a sua ilusória confirmação pelo recurso legislativo às já mencionadas cláusulas gerais, o ponto central do Direito está restrito nas dimensões da linguagem. Assim, por considerar que o Direito é, basicamente, uma questão semântica, os positivistas, especialmente os de linhagem hartiana, encontram-se enfeitiçados, no dizer de WITTGENSTEIN<sup>82</sup>, ou agulhoados, como prefere DWORKIN<sup>83</sup>, por algo que reduz, consideravelmente, as possibilidades e potencialidades normativas do Direito, bem como a sua dimensão Moral. O que se defende neste trabalho é que não se pode limitar o fenômeno jurídico a um conjunto de controvérsias sobre termos linguísticos, ou seja, o simples fato de concordarmos quanto à definição de algo, estabelecendo um critério, por exemplo para a palavra “casamento”, não afastará toda a dimensão de moralidade política presente em tal conceito jurídico.

Destarte, tais argumentos são insuficientes, seja por conta da limitação do Direito e de sua interpretação à questão semântica, encarando o normativo como o fruto de um acordo sobre os sentidos das palavras, o que DWORKIN classificou como *semantic sting*<sup>84</sup>. Não há paralelo, ainda, com a eventual delegação de atribuições legislativas ao Executivo, visto que tal expediente é direcionado para a solução de questões futuras e não para decisões retrospectivas, como ocorre quando um magistrado decide uma causa com base em sua discricionariedade e não com fincas no Direito que as partes possuem. Desta forma, a resposta aqui defendida é a de que o processo decisório não se confunde com um processo de escolhas, mesmo que regrado ou limitado por padrões. Não há

---

<sup>82</sup> Na tradução portuguesa foi usado o termo embruxamento, aqui se preferiu enfeitiçado. “A Filosofia é um combate contra o embruxamento do intelecto pelos meios da nossa linguagem.” WITTGENSTEIN, 2011. p. 257 (No original: “Philosophy is a battle against the bewitchment of our intelligence by means of our language.”)

<sup>83</sup> O argumento do agulhão semântico (*semantic sting*) será desenvolvido no curso deste capítulo, tendo sido apresentado por DWORKIN (1986. p. 45) nos seguintes termos: “I shall call the argument I have just described, which has caused such great mischief in legal philosophy, the semantic sting. People are its prey who hold a certain picture of what disagreement is like and when it is possible. They think we can argue sensibly with another if, but only if, we all accept and follow the same criteria for deciding when our claims are sound, even if we cannot state exactly, as a philosopher might hope to do, what these criteria are.”.

<sup>84</sup> “They think we can argue sensibly with one another if, but only if, we all accept and follow the same criteria for deciding when our claims are sound, even if we cannot state exactly, as a philosopher might hope to do, what these criteria are.” DWORKIN, 1986. p. 45.

espaço volitivo para que o magistrado opte entre duas ou mais soluções consideradas corretas como admite o paradigma relativista.

III.a.iii – Decido conforme minha consciência. O ecletismo brasileiro, o ponderador de interesses e o pan-principiologismo.

Um desdobramento prático da tese positivista da discricionariedade está na defesa da possibilidade de decisão, pelo magistrado, conforme a sua consciência ou alguma outra variante que conceda liberdade de apreciação dos fatos e das provas. Versões semelhantes estão presentes, por exemplo, no artigo 655º, 1 do Código de Processo Civil português<sup>85</sup>, no artigo 131 do antigo Código de Processo Civil brasileiro<sup>86</sup> e no artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro<sup>87</sup>. Aqui há que se enfrentar a objeção normalmente levantada pelos processualistas, apoiados na classificação usual dos sistemas probatórios como sendo o da “prova legal”, no qual a lei fixa o valor conferido a cada meio de prova, o da valoração *secundum conscientiam*, onde há integral liberdade para a apreciação do juiz e a “persuasão racional” ou “livre convencimento”, quando a decisão decorre de uma apreciação livre das provas, “porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados” (CINTRA et al., 2006. p. 375).

---

<sup>85</sup> “Artigo 655º Liberdade de julgamento. 1 - O tribunal coletivo aprecia livremente as provas, decidindo os juízes segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto. 2 - Mas quando a lei exija, para a existência ou prova do facto jurídico, qualquer formalidade especial, não pode esta ser dispensada.”

<sup>86</sup> “Artigo 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” No novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015 não há tal previsão expressa, sendo objeto de acendrado debate, opondo, de um lado, boa parcela da magistratura, e de outro, uma parte da academia, conforme se colhe da polêmica entre GAJARDONI (2015) e DELFINO (2015). Muito embora o termo “livre” tenha sido retirado do texto do diploma legal, ainda há resquícios de uma certa “liberdade” no código, uma vez que o artigo 372 (“O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.”) admite que o magistrado confira “o valor que considerar adequado” à prova que vier de outro processo, o que abre uma enorme brecha para que se justifique a permanência do velho instituto por vias transversas. A questão deverá ser desenvolvida no âmbito doutrinário e jurisprudencial, rogando-se para que não venha a prevalecer a chamada interpretação retrospectiva “uma das patologia crônicas da hermenêutica constitucional brasileira (...) pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas , ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.” (BARROSO, 2008. p. 71) v. tb. <http://www.conjur.com.br/2015-mar-11/advogados-juizes-disputam-vetos-dilma-cpc>

<sup>87</sup> “Artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Com tal nota evolutiva dos sistemas de apreciação de provas em mente, atacar o livre convencimento, o qual é qualificado, ainda, como “motivado”<sup>88</sup>, parece soar como uma postura anacrônica, até mesmo como uma defesa da volta dos mecanismos da prova legal, o que é de todo equivocado. Não se quer o retorno da prova legal ou tarifada, muito menos um sistema de apreciação de provas em que o magistrado possa escolher aqueles meios de prova que melhor cabem no seu argumento. Não se deseja um juiz robotizado ou coisificado<sup>89</sup>, algo que faria lembrar o fantasma do juiz “boca da lei”<sup>90</sup> de MONTESQUIEU<sup>91</sup>, mas sim alguém que tenha estrita obediência pelo direito dos litigantes em receber respostas estatais adequadas às suas demandas em consonância com o conjunto processual e com o ordenamento jurídico, e não apenas o que interessar ao decisor. O ataque contra o livre convencimento não importa, assim, em cerrar fileiras com a ultrapassada escola da exegese ou com o paleopositivismo legalista<sup>92</sup>.

A questão parece insolúvel, uma vez que as alternativas ditas como possíveis são apenas os sistemas que usualmente são trabalhados pela doutrina processual, como referido. No entanto, não há razões para que os modelos teóricos apresentados encerrem o debate, especialmente em se apresentando razões mais fortes que apontam para a necessidade de se atender da forma mais ampla possível as ideias de contraditório e devido processo legal (artigo 5º, LV da CRFB), sobretudo em um ambiente intersubjetivo<sup>93</sup> que se quer democrático. A ênfase na afirmação da liberdade do juiz parece conflitar com tais ideais, uma vez que não se entende bem do que estaria se libertando e em que sentido tal liberdade não terminaria por metamorfoseá-lo em algo com tons contrários à própria democracia, consagrando o decisionismo, o voluntarismo e toda sorte de decisões eminentemente subjetivas.

---

<sup>88</sup> Claro expediente retórico para se proteger dos ataques quanto à irracionalidade que nada explica, uma vez que ser motivado não quer dizer que foram adotados os motivos corretos, já que motivado tudo é. A adjetivação serve para afastar a qualificação de arbitrária, o que representa um avanço em favor da democratização do Direito e das decisões judiciais, porém limitado.

<sup>89</sup> cf. aduz GAJARDONI, 2015.

<sup>90</sup> MONTESQUIEU, 2000. p. 175.

<sup>91</sup> O termo parece ter ganhado autonomia frente ao texto de MONTESQUIEU, ganhando uma mitologia toda própria, uma vez que o parágrafo em que está inserido vem justamente em favor da possibilidade de o tribunal “moderar a lei em favor da própria lei” (2000. p. 175) e não de mecanicismos e automatismo judicial, como se propaga.

<sup>92</sup> cf. FERRAJOLI, 2011. p. 19.

<sup>93</sup> HABERMAS, 2007. p. 8

O problema mostra-se ainda mais grave se pensarmos em ambientes constitucionais como os de Portugal e do Brasil, nos quais houve a expressa preferência pela fundamentação<sup>94</sup> das decisões judiciais dentro dos textos fundamentais, conforme se colhe do artigo 205º, 1 da CRP<sup>95</sup> e do artigo 93, IX da CRFB<sup>96</sup>. É de se questionar, portanto, se a constitucionalização expressa da fundamentação seria algo ornamental ou uma mudança real na prática jurídica, quer dizer, se o dever de fundamentar a decisão nos remete a qualquer fundamentação que o julgador assim entender, mesmo que com um mínimo de conexão com a realidade processual e com o ordenamento jurídico, ou se tal dever importa em considerar o direito do cidadão litigante em receber uma resposta estatal que seja fruto de um raciocínio jurídico intersubjetivo e plenamente adstrito ao Direito.

Pode parecer por demais exagerado o que ora se registra, afinal os sistemas judiciais continuam a funcionar de forma relativamente estável e adequada, a despeito das críticas costumeiras dos utentes e advogados, normalmente quanto à duração dos processos ou quando um resultado não lhes agrada. Ocorre que o fato de as respostas judiciais gozarem de autoridade e eficácia social não importa na sua imunização ao debate quanto aos seus pressupostos teóricos e filosóficos. Na prática brasileira já houve declarações de votos em processos<sup>97</sup> que apontaram para um tom

---

<sup>94</sup> O dever de fundamentar as decisões judiciais, fruto do ambiente liberal, está presente desde há muito no Direito português, sendo importante a consulta às lições do historiador do Direito BARBAS HOMEM "(...) a fundamentação das sentenças torna-se um elemento definidor dos programas do iluminismo da Europa central, precisamente porque em regra nesses países as sentenças não eram motivadas. Já antes vimos que a solução do direito português se afasta do direito comum. As Ordenações impõem a fundamentação das sentenças: (...) Este debate, que é importante em França e na península itálica no século XVIII, não teve eco em Portugal, por ser a regra legal clara e inquestionável." (2001. p. 280). Neste sentido, sobre a fundamentação das sentenças na Espanha, veja-se SEÑA: "Así, por ejemplo, en España, era una práctica habitual en el derecho castellano que los jueces no fundaran sus sentencias hasta bien entrado el siglo XIX;" (2001. p. 379)

<sup>95</sup> "Artigo 205º (Decisões dos tribunais) 1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei."

<sup>96</sup> "Artigo 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>97</sup> Afirmando que o texto do artigo 52, X da Constituição brasileira de 1988 ("Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal") é "obsoleto", o Ministro EROS GRAU asseverou: "Sucedo que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição." (Reclamação 4.335, julgada



abertamente hostil ao controle e à discussão das decisões judiciais, sendo especialmente graves por partirem de tribunais superiores, o quais parecem fazer crer que a origem das decisões as deixam imunes ao debate e perfeitas por si.

O livre convencimento funciona, neste cenário, como um bom argumento de frente para ocultar a defesa do positivismo, seja na vertente inclusiva de HART, normativa de KELSEN ou, pior, realista. No que diz respeito ao positivismo *soft*, a possibilidade de o magistrado escolher os argumentos se enquadra de forma adequada, seja ideia de “textura aberta” das normas, na qual a decisão judicial pode flutuar por sentidos na falta de critérios<sup>98</sup> definidos. Já quanto ao positivismo normativo, a moldura legal permite que o convencimento do magistrado transite de forma livre, desde que respeitados os limites que possam ser entendidos como mais “evidentes” da textura legal. Não menos perigoso, o casamento com o realismo - postura positivista fática que, de forma sintética, pode ser definida como sendo aquela que vincula o Direito ao que os tribunais dizem que ele é<sup>99</sup> - fica mais evidente, na medida em que magistrados de altas cortes passam a afirmar que “as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.”<sup>100</sup> e que “primeiro idealizo a solução mais justa. Só depois vou buscar apoio na lei.”<sup>101</sup>.

---

em 20.03.2014, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>). Por evidente que o Supremo Tribunal Federal não se encontra vinculado à doutrina, no entanto, suas decisões não podem surgir em desafio ao próprio texto constitucional que lhe compete zelar e defender. Dizer que um texto originário da Constituição é “obsoleto”, especialmente um que diz respeito à competência do Senado Federal, sob o pretexto de mutação constitucional, é extremamente perigoso para o regime democrático, uma vez que pode importar em invasão de competências e desrespeito à separação dos poderes, gerando uma crise institucional.

<sup>98</sup> Aquilo que DWORKIN nomeou como *criterial concepts*, como explicado antes.

<sup>99</sup> Nomeado como pesadelo por HART, 1983. p. 144, possui como exemplar mais referido o magistrado OLIVER WENDELL HOLMES JR, o qual, em discurso em 1897, afirmou: “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.” (HOLMES JR, 1896-1897. p. 461)

<sup>100</sup> O Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, hoje no STF, afirmou, em seu voto no AI nos ERESP nº 644736 julgado em 27.08.2007 que: “Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.”

<sup>101</sup> Entrevista concedida pelo Ministro MARCO AURÉLIO em 22.03.2006, disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MarcoAurelio/Entrevistas/2006\\_mar\\_22.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MarcoAurelio/Entrevistas/2006_mar_22.pdf).

O enfoque na liberdade do magistrado, mesmo que aparentemente limitada pela motivação, permite, então, que posturas que reforçam o caráter subjetivo da decisão judicial sejam consolidadas, o que termina por jogar o direito dos litigantes e o Direito, como conhecimento e empreendimento normativo da sociedade, nas mãos de um decisionismo totalmente incompatível com a ideia de Estado de Direito Democrático. Ao contrário do que se afirma quando se prestigia o livre convencimento, a consciência pessoal do magistrado não deve importar para a solução das questões que lhe são submetidas<sup>102</sup>. As convicções pessoais sobre os fatos, as provas ou mesmo sobre o Direito não ganham relevância jurídica especial pelo simples fato de terem origem em um agente do Estado, pouco importando o cargo ocupado, da cimeira ao rés-do-chão, e a forma de provimento, por concurso ou por eleição. A função dos agentes estatais jurídicos (magistrados, promotores de justiça, procuradores, defensores públicos etc.) não é a de agir em nome próprio, resultado inevitável da sobrevalorização do aspecto subjetivo, mas em nome da coletividade.

A situação fica ainda mais preocupante e cada vez mais fora de controle em se considerando os influxos das teorias ditas pós-positivistas que ganharam especial força no segundo pós-guerra<sup>103</sup>. A recepção de tais teorias no Brasil ocorreu de forma eclética e parcial<sup>104</sup>, montando um amálgama jurídico que mais confunde do que explica e permite amplos espaços para que o decisionismo passe a ser considerado como algo natural e inevitável. Assim, DWORKIN é recebido apenas para reforçar a ideologia principiológica, como se os princípios por ele apresentados pudessem ser configurados

---

<sup>102</sup> Assertiva que é, reconhecidamente, minoritária frente à prática dos tribunais brasileiros, conforme se colhe, por exemplo, do seguinte julgado em Habeas Corpus no STJ brasileiro: “Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados.” (HC 94.826/SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 05/05/2008)

<sup>103</sup> A discussão dos pressupostos positivistas sempre esteve na ordem do dia da teoria jurídica, desde jusnaturalistas radicais até teorias que atacavam partes do positivismo sem recusar expressamente os fundamentos do positivismo, tais como a jurisprudência dos valores e a jurisprudência dos interesses. Importa notar que o adversário preferido destas novas posturas é o legalismo, ou seja, a ideia de que o Direito se confundiria com a lei e os sentidos estariam todos no diploma legal. Como o legalismo desde há muito se encontra ultrapassado, as “novidades” e superações das referidas teorias são pálidas frente ao normativismo de Kelsen ou o positivismo de Hart, ou seja, o pós-positivismo, como se apresenta em escritos desidratados de fundamento técnico, encontra-se um passo atrás do positivismo contemporâneo.

<sup>104</sup> Sem qualquer demérito ao autor, mas é inusitado que um livro que cuide da “ponderação de interesses”, com ressonância em julgados do Supremo Tribunal Federal, não tenha em sua bibliografia uma simples obra do pai da teoria PHILIPP HECK (cf. LARENZ, 2012. pp. 63-77). v. SARMENTO, 2002

tal qual os valores, assumindo um inusitado paralelo com a teoria dos princípios de ALEXY<sup>105</sup>. Aliás, o jusfilósofo alemão é um exemplar característico da recepção e absorção falha dos pressupostos teóricos e das próprias teorias em si. Multicitado em decisões dos tribunais superiores, contando com referências em pelo menos cinquenta acórdãos do STF brasileiro<sup>106</sup>, presença constante dos livros de Direito Constitucional, paradoxalmente, a teoria de ALEXY não é colocada em prática. Isto porque entre a citação de suas obras e a aplicação efetiva de suas propostas há todo um conjunto de pressupostos filosóficos, como a filosofia analítica, e teóricos, como a pretensão de correção do Direito<sup>107</sup> e sua conexão com a Moral<sup>108</sup>. Não suficiente isto, em recente tese de doutoramento aprovada perante a UNISINOS, restou configurado, após a análise de cento e oitenta e nove decisões do STF brasileiro proferidas nos últimos dez anos, que nos casos em que se lançava mão da citação de ALEXY para “resolver” o conflito entre princípios, com apelo à proporcionalidade, “em nenhuma decisão se produziu explicitamente - e, dificilmente implicitamente - a lei de colisão, norma de direito fundamental adstrita, regra harmonizadora dos “princípios” no caso concreto, passo primordial para Alexy no combate do *decisionismo judicial*. Isto porque, feita a lei de colisão, deveria o juízo apresentar a justificação (argumentação) que desse suporte racional à decisão” (MORAIS, 2013. pp. 296-297).

Ao lançar mão apenas da ideias de ponderação e proporcionalidade, com o aparente selo de qualidade conferido por ALEXY, sem fazer uso das estruturas formais pensadas pelo referido jurista, como a fórmula de peso e as leis de colisão e de ponderação<sup>109</sup>, usando apenas como artifício retórico, o magistrado continua na senda do decisionismo e do subjetivismo. Ao desprezar os mecanismos de objetivação

---

<sup>105</sup> Em HABERMAS (2003. pp. 317-318) podemos colher o ponto de divergência essencial entre DWORKIN e ALEXY quanto ao papel dos princípios na medida em que “quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa.” Quer isto dizer que para DWORKIN os princípios funcionam no código lícito-ilícito, são deontológicos, enquanto que para ALEXY são teleológicos, podendo ser traçado um paralelo com os valores, os quais valem na medida de sua força argumentativa.

<sup>106</sup> Cf. resultado de pesquisa nominal no sítio eletrônico [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>107</sup> “(...) pretensión de corrección (...) es esencialmente una pretensión de justicia.” ALEXY, 2009. p. 70.

<sup>108</sup> Uma vez que a teoria alexyana não se encontra dentro do objeto deste trabalho, é de se esclarecer, para fins de pesquisa, que o próprio ALEXY elaborou um resumo de sua filosofia do Direito em “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho” (2009).

<sup>109</sup> v. ALEXY, 2012. pp. 575-622 e 2004. p. 67

pensados pelo jusfilósofo alemão<sup>110</sup>, dando espaço para um juiz “ponderador de interesses”<sup>111</sup>, o resultado é um ato de vontade, tal qual preconizado por KELSEN. Com o pretexto de racionalizar e dar maior valor aos ensinamentos dos grandes pensadores do mundo jurídico, terminamos por montar um todo incompreensível de citações que decorrem de visões filosóficas muitas vezes incompatíveis. Para superar tal quadro de incongruência, o intérprete deve explicitar os pressupostos filosóficos e lançar mão das teorias em sua inteireza, sendo que, em caso de rejeição parcial dos modelos, como poderia acontecer com o afastamento das fórmulas de ALEXI, por exemplo, haveria a necessidade de detalhar as razões que levaram à sua superação. O expediente de se aproveitar apenas da parte que interessa da teoria possui um altíssimo custo democrático para a decisão, visto que a afasta dos controles e constrangimentos teóricos, reforçando apenas o seu lado subjetivo.

A ponderação, nesta toada, passa a ser o método jurídico por excelência, substituindo todos os expedientes desenvolvidos pela dogmática, especialmente o clássico “quadrado de SAVIGNY”<sup>112</sup>, composto pela junção dos cânones de interpretação gramatical, lógico, histórico e sistemático, fragilizando ainda mais a força deontológica dos comandos jurídicos, abrindo enorme espaço para que as decisões passem a ser consideradas desprovidas de razão jurídica, apenas como atos subjetivos, derivados da vontade do decisor, uma vez que, na ausência de um “ponderômetro”, resta interdito ao jurisdicionado reproduzir a “ponderação” realizada na tentativa de refazer o caminho expandido pelo intérprete<sup>113</sup>. Por ser considerada como o método jurídico fundamental, a “ponderação” passa a ser usada como teste para todos os casos que o intérprete desejar, seja nas questões de conflitos entre “princípios” constitucionais ou mesmo quando há soluções propostas pelo legislador infraconstitucional, as quais são

---

<sup>110</sup> Não será tratado aqui sobre a eficácia de tais fórmulas, deixando apenas mencionada a sua artificialidade.

<sup>111</sup> Não se sabe como o “ponderador de interesses” chegou ao resultado da ponderação sem o uso das fórmulas relativas ao procedimento de ponderar dentro da teoria de ALEXI. Ao fazer uso da ponderação desta forma, o julgador transforma “direitos” em “interesses”, transformando questões normativo-deontológicas em questões finalísticas. O alerta de HABERMAS é preciso quanto aos riscos de tais decisões: “Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.” (2003. pp. 321-322)

<sup>112</sup> cf. SAVIGNY, 1994. pp. 12-13 e 2004. pp. 92-93

<sup>113</sup> Situação que ocorre tanto quando o intérprete usa as fórmulas de ALEXI como quando não as aplica. Neste último caso, a busca pela repetição dos passos da “ponderação” resta quase impossível, dada a inconsistência dos passos e a sua falibilidade.

usualmente submetidas aos testes da “máxima da proporcionalidade”, “com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)” (ALEXY, 2012. p. 117). Desta forma, não raro sem a declaração expressa da inconstitucionalidade da solução legal<sup>114</sup>, passa-se ao largo de sua aplicação pelo expediente da ponderação, substituindo a decisão legislativa por outra judicial que se proclama ponderada, o que termina por desprestigiar o papel democrático do legislador.

Outro reflexo do ecletismo e do que pode ser nomeado como desapego teórico é a proliferação de princípios ou “pan-principiologismo”, na dicção de STRECK (2014. pp. 524). No afã de superação do positivismo, sempre mirando a sua vertente legalista, olvidando as demais, servem-se, novamente, de pensadores como ALEXY e DWORKIN para justificar o uso de princípios como razões de decidir. A partir daí, o próximo passo é configurar os princípios como valores, sejam positivados ou não, usando como fungíveis as definições de “mandamentos de otimização”<sup>115</sup> e “padrões de comportamento com uma dimensão de peso”<sup>116</sup>. Depois da equiparação a valores, não há qualquer limite à criatividade do jurista, surgindo princípios como o da “alteridade”, da “cooperação processual”, da “paternidade responsável” e tantos outros quantos possíveis de se imaginar, até mesmo o “princípio da felicidade”<sup>117</sup>, deixando a prática jurídica insustentavelmente frouxa<sup>118</sup>.

A flexibilização argumentativa trazida pelo uso desmedido dos “princípios” termina por reduzir a força normativa da constituição, uma vez que as normas constitucionais passam a ser subordinadas aos referidos “princípios”, conforme

---

<sup>114</sup> Não se nega a possibilidade de o Judiciário controlar as decisões legislativas, incluindo a própria análise da proporcionalidade da medida, apenas se pontua que a declaração deve ser expressa e não apenas em juízos particulares sobre a adequação, necessidade e proporcionalidade da escolha do legislador. O controle que se exige em um Estado de Direito Democrático é de constitucionalidade e não de razoabilidade e/ou proporcionalidade das leis.

<sup>115</sup> ALEXY, 2012. p. 90

<sup>116</sup> DWORKIN, 1967-1968. p. 23-29.

<sup>117</sup> STRECK (2012. pp. 526-541) faz um inventário de trinta e nove “princípios” citados na doutrina e na jurisprudência brasileira expondo as fragilidades de todos sob a luz da constatação de que princípios possuem natureza deontológica e não instrumental ou finalística.

<sup>118</sup> “Aquí estamos ante verdaderas y propias invenciones normativas, en contraste con la sujeción de los jueces a la ley.” (FERRAJOLI, 2011. p. 43)

denunciou FERRAJOLI<sup>119</sup>. A mutação de direitos com estatura constitucional em interesses ou valores degrada a obrigatoriedade incondicional das normas constitucionais, fazendo com que sejam meros dados sujeitos a uma apreciação submetida ao juízo discricionário de adequação do intérprete, o qual poderia lançar mão de argumentos pragmáticos, finalísticos e, até, de ordem populista (vontade da maioria, por exemplo) em prejuízo de direitos com estatura constitucional. Desta forma, a vontade de Constituição, fundada na “compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme” (HESSE, 1991. p. 19), perde a sua importância, passando a valer apenas a vontade do ocupante do poder do momento, um imenso retrocesso das conquistas do Estado de Direito Democrático.

A questão deve ser devidamente esclarecida: partindo da concepção de HABERMAS<sup>120</sup>, princípios dizem respeito a direitos, possuem estrutura deontológica, são utilizados no código lícito-ilícito, válido ou inválido, são obrigatórios de forma geral, enquanto que valores são teleológicos, não criam direitos por si, “valem” em relações de preferência entre si dependendo da atratividade de cada um, “valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários” (HABERMAS, 2003. p. 321). A disputa entre valores segue a eterna luta entre os deuses relatada por WEBER (p. 24), afinal “como será possível pretender decidir “cientificamente” entre o *valor* da cultura francesa e o da alemã é coisa que não enxergo. Também aqui diferentes deuses lutam entre si, e para sempre. (...) Sobre estes deuses e a sua eterna luta decide o destino, não decerto uma “ciência”.”. Destarte, as confusões entre princípios e valores (ou interesses) somente trazem prejuízo para o Direito, uma vez que resta invadido por uma imensa gama de vetores finalísticos sem aptidão para a produção de normas obrigatórias,

---

<sup>119</sup> “Pero hay outro aspecto, todavia más perverso e insidioso, de la aproximación antipositivista y principialista a las constituciones. La idea de que las normas constitucionales no son normas rigidamente vinculantes, a las que se encuentran cometidas la jurisdicción y la legislación por ser un grado subordinado a ellas (...)” (FERRAJOLI, 2011. p. 43)

<sup>120</sup> Aqui se admite que a explicação de HABERMAS é tecnicamente mais completa e detalhada do que a de DWORKIN, uma vez que deixa clara a vinculação dos padrões normativos à deontologia e não a interesses pragmáticos ou finalísticos. A distinção de DWORKIN entre *rules and principles* não ganhou maior atenção do próprio autor, servindo apenas como primeiro ato do ataque ao positivismo nos idos de 1967, não tendo sido apresentado maior refinamento posterior, o que pode ser visto no pensador alemão.

degradando o Direito democrático e transformando-o num teatro da luta de “deuses”<sup>121</sup> que se impõem pela vontade e pela força e não pela razão..

Ainda na mesma toada, cumpre afastar eventual aproximação dos princípios ora defendidos com os tradicionais princípios gerais de direito, os quais variavam como exigências decorrentes do Direito Natural, do direito romano, do direito legislado e, por último, do sistema, conforme defende CANARIS (2012. p. 76-102). Os princípios gerais de direito não possuem estatuta normativa, sendo “grandes orientações da ordem positiva”<sup>122</sup>, compondo os alicerces do edifício jurídico<sup>123</sup>, funcionam para o positivismo, especialmente o legalista, como uma espécie de cláusula de fechamento do sistema, usados, sobretudo, quando da analogia e do suprimento de lacunas legais<sup>124</sup>. Em razão de não serem normas, sua força obrigatória é reduzida, fazendo com que funcionem mais como expedientes retóricos ou *topoi* (v. p.ex. VIEHWEG, 1979. p. 36), podendo ser afastados e desconsiderados na medida em que a argumentação vai ganhando força em um determinado sentido. Desta forma, ausente a força normativa e a obrigatoriedade, não dizem respeito a direitos dos litigantes, sendo, portanto, disponíveis na argumentação jurídica, o que não ocorre com os princípios na acepção habermasiana aqui adotada, confirmando que não podem ser tratados como se fossem fungíveis ou mesmo que os princípios fossem um desdobramento ou evolução dos princípios gerais de direito.

De tudo o que foi desenvolvido até o presente momento, verifica-se que a configuração dos princípios como padrões normativos com força deontológica é incompatível com a sua aproximação com valores, interesses ou mesmo com o mecanismo de fechamento do sistema legalista consubstanciado nos princípios gerais de

---

<sup>121</sup> Veja-se que até mesmo SCHMITT, teórico decisionista com passado manchado por suas convicções políticas, alertou para a “tirania dos valores” em obra posterior à queda do nazismo, “hemos citado anteriormente la frase de Nicolai Hartmann de que los valores valen *para* alguien. Aparece agora, desgraciadamente, el “reverso fatal”: también valen *contra* alguien. (...) Si conseguimos entender bien la frase “tiranía de los valores”, tenemos incluso una clave para comprender que toda la teoría de los valores no hace más que atizar e intensificar la lucha antigua y eterna de convicciones e intereses.” (2010. pp. 73-76)

<sup>122</sup> ASCENSÃO, 2003. p. 406

<sup>123</sup> FERRARA, 1963. p. 160

<sup>124</sup> Neste sentido, a tradicional dogmática de introdução ao estudo do Direito dá especial valor aos princípios gerais de direito quando cuida da analogia e dos procedimentos de integração das lacunas, conforme se colhe de REALE (1995. p. 294) e MAYNEZ (1975. p. 370-378). Tal necessidade de “fechamento” ocorre em se considerando o Direito sobretudo sob a ótica de um conjunto de leis ou normas postas, já que a insuficiência das definições legais frente ao mundo dos fatos é algo que inevitável.

direito da dogmática clássica, justamente por estes não possuírem tal dimensão de obrigatoriedade geral, por não gozarem de força deontológica, estando disponíveis no mercado argumentativo e dizendo mais com relações finalísticas do que com relações de dever, próprias do código lícito-ilícito. Por tais razões, a proliferação de princípios sem força vinculativa, denominada pan-principiologismo deve ser combatida, visto que traz mais insegurança ao debate jurídico. Se de um lado o “contraditório” pode ser esgrimido como um princípio, dado que os processos que desrespeitem a ideia elementar de contraditório<sup>125</sup> serão condenados como ilícitos, ao revés nos processos em que as partes não cumpram o autodenominado “princípio da cooperação processual”, acima ventilado, não podem ser considerados viciados, visto que as partes não podem ser forçadas a cooperar, seja o que isto possa significar, com a produção de um resultado contrário aos seus interesses, sob o risco de se cancelar expedientes duvidosos de “extração” da verdade dos acusados, por exemplo. Quer isto dizer que os princípios não se proliferam e não se confundem com interesses, valores ou pautas decisórias fincadas, por exemplo, na eficácia quantitativa, não estando jogados no mundo para serem descobertos ou passíveis de criação espontânea, sendo fruto de um desenvolvimento do pensamento jurídico da comunidade sobre os direitos das pessoas, um avançar e retroceder constante, dentro do projeto normativo comunitário.

Portanto, em termos de arremate provisório, percebe-se que o sobrevalor da consciência do intérprete, e por conseguinte de seus pré-juízos, através da defesa do livre convencimento, faz com que a prática jurídica se afaste do ideal democrático, prestigiando a instabilidade institucional e a subjetividade no que diz respeito aos direitos dos cidadãos. Tal postura não implica no retorno do objetivismo que acreditava que as palavras da lei bastavam para resolver tudo e que os sentidos já estavam todos enclausurados naquelas letras. Da mesma forma que a submissão do intérprete a mera “boca da lei” não responde aos problemas jurídicos, ou seja, o assujeitamento à lei é insuficiente e ingênuo, também o assenhoreamento dos sentidos jurídicos<sup>126</sup> pelo intérprete mostra-se desastroso, uma vez que o projeto normativo da comunidade política fica aprisionado pelo seu guardião, muito próximo do que restou delineado como pesadelo por HART (1983. pp. 123-144).

---

<sup>125</sup> A ciência bilateral dos atos processuais e a possibilidade de os contrariar com meios eficazes.

<sup>126</sup> v. STRECK, 2013. p. 119.



A confiança na subjetividade parece fazer crer que a comunidade necessita de bons juízes, tal qual o “bom juiz Magnaud”<sup>127</sup>, conhecido por suas decisões polêmicas e sentimentais na França do início do século XX. No entanto, as decisões judiciais passam ao largo (ou deveriam passar) de procedimentos relativos à ordem dos sentimentos, uma vez que o direito democrático superou a a necessidade de temperamentos sentimentais, sob o sério risco de enveredarmos por uma jurisprudência sentimental ou patética<sup>128</sup>, produtora não de decisões jurídicas, mas de escolhas fundadas em argumentos desprovidos de força normativa. A adoção de critérios sentimentais para o julgamento, reforça a mitologia cultivada pelo realismo jurídico sobre a irracionalidade da decisão judicial, com referências à vinculação da justiça do caso ao que o juiz teve para o pequeno almoço, por exemplo, fazendo com que estudos que busquem comprovar tal característica passem a gozar de prestígio junto à comunidade científica, conforme recente pesquisa (DANZIGER et. al., 2011) realizada por administradores junto ao judiciário israelense, apontando para uma maior probabilidade de resultados benéficos para os réus em razão da proximidade com as refeições dos magistrados. Por certo, o pensamento jurídico passou por imensas transformações e refinamentos que afastam por completo qualquer dependência com sentimentalismo ou mesmo com necessidades biológicas, entendendo eventuais desvios como tais, e nunca como a forma correta de resolver as questões jurídicas, afinal “a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação - como a melhor, a mais adequada - de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.” (STRECK, 2013. p.111). Os princípios e as máximas de ponderação não são as pedras filosofais do Direito como pensam os defensores do pós-positivismo.

---

<sup>127</sup> “Mostrava-se clemente e atencioso com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos. Nas suas mãos a lei variava segundo a classe, a mentalidade religiosa ou inclinações políticas das pessoas submetidas à sua jurisdição.” (MAXIMILIANO, 2001. p. 68)

<sup>128</sup> O uso de argumentos patéticos na prática constitucional americana foi objeto de estudo de GREENE (2013), o qual partiu das lições de retórica aristotélica e desenvolveu interessante trabalho sobre o tema.

### III.b – Respostas certas, um direito de todos.

Ao submeter uma questão ao Estado buscando a solução jurídica para seu problema, o jurisdicionado pode aceitar qualquer resposta? A interpretação jurídica pode produzir respostas corretas aos problemas que recebe ou os litigantes terão de se contentar com uma dentre várias respostas, todas admissíveis como corretas? Há espaço para se pesquisar a existência de respostas certas em Direito? Tais perguntas gravitam ao redor do debate entre as posições fundacionistas e relativistas, pontos que serão abordados no presente tópico. A defesa do relativismo será associada, para efeitos de organização do trabalho, com a postura cética quanto aos juízos morais uma vez que ambos são faces do mesmo desafio ao fundacionismo moral, postura que defende a possibilidade de produção e juízos objetivos no campo moral. Esta proposta está alinhada com a defesa dworkiniana de que o Direito é um ramo da moralidade política (DWORKIN, 2012), outro objeto de discussão de nossa argumentação.

A construção até aqui desenvolvida parte da aceitação da tese dos direitos de DWORKIN (1974-1975), a qual, repise-se, em apertada síntese, adota uma postura de radicalidade democrática do Direito, tendo como norte a ideia de que os litigantes possuem direitos às soluções estatais, sendo que tais respostas devem ser produzidas pelo pensamento jurídico da comunidade a partir de argumentos de princípios e não de políticas, o que implica na aceitação da natureza deontológica dos princípios acima expendida. Desta forma, como consideramos que estão em jogo direitos dos jurisdicionados e não apenas interesses ou valores individuais, a solução para a questão deve ser, necessariamente, submetida ao código lícito-ilícito, o que termina por ser incompatível com as posturas relativistas e cétricas quanto à possibilidade de objetividade em juízos morais, as quais se encontram impregnadas nas propostas que adotam pontos de vista que podem ser entendidos como pragmáticos.

Ressalte-se que o entendimento aqui esposado finca-se na ideia de que não há disponibilidade quanto ao conteúdo e à forma de produção das decisões jurídicas em um Estado de Direito Democrático, visto que cuidam de direitos e, como tais, devem ser produzidas dentro do ambiente processual adequado às concepções relativas ao devido

processo legal, com especial atenção para a fundamentação das decisões<sup>129</sup>, a qual atua como mais um elemento legitimador do uso da força pelo Estado. Como restou defendido quando da temática do livre convencimento, a decisão judicial não deve ser fruto das apreciações subjetivas do intérprete decisor, mas sim o resultado de um trabalho complexo em que o prolator da decisão se compromete em suspender os seus pré-juízos e buscar entender o projeto normativo da comunidade política, proferindo o resultado como se fosse a expressão da comunidade personificada, conforme a conhecida metáfora dworkiniana<sup>130</sup>. O peso da responsabilidade do magistrado, como se vê, é enorme, uma vez que deve se demitir de sua individualidade e buscar a resposta correta que se fundará numa apreciação da moralidade política da sua comunidade.

A ideia de moralidade política aqui debatida não se confunde com a moralidade individual ou mesmo com o somatório de pensamentos morais individuais. Desta forma, cumpre esclarecer melhor o que se entende por moralidade política, conceito que será necessário no desenvolvimento das ideias defendidas neste trabalho. Como visto, um artifício importante para a compreensão do termo é o uso do artifício da comunidade personificada, ou seja, da hipótese da moralidade provinda de um único autor que expressa uma forma coerente de justiça e equidade (DWORKIN, 1986. p. 225). Este autor (a comunidade personificada) tem uma moralidade própria, ou seja, tem padrões de conduta moral que prescreveriam a forma como o Estado (face jurídica desta comunidade) deve tratar os seus cidadãos. Neste ponto faz-se necessário um esforço de adaptação do pensamento dworkiniano ao modelo de comunidade política próprio de estados filiados à matriz romano-germânica, sem que importe em ruptura com as suas ideias centrais. Isto porque a pesquisa de tais padrões de moralidade política deve ser guiada pelo paradigma do constitucionalismo contemporâneo<sup>131</sup>, respeitando a historicidade da própria comunidade, o que faz com que o ponto de origem e os limites

---

<sup>129</sup> A fundamentação das decisões judiciais “exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à *estrita legalidade*, e, de fato, à *prova* das hipóteses acusatórias.”. (FERRAJOLI, 2006. p. 573)

<sup>130</sup> DWORKIN, 1986. p. 225.

<sup>131</sup> Opto por não usar o termo “neoconstitucionalismo”, tendo em vista que não se possui uma caracterização clara de tal conceito, servindo mais para confundir do que explicar, na medida em que admite diversos modelos de pensamento dentro de si, desde positivistas até mesmo jusnaturalistas, não havendo ganho em clareza. O constitucionalismo contemporâneo ou constitucionalismo dos direitos possui como características básicas: a) o reconhecimento da inquestionável força normativa da constituição como norma suprema; b) a rematerialização da constituição com conteúdos de ordem moral; c) a garantia judicial e a aplicação direta da constituição e; d) a rigidez constitucional. (cf. SANCHÍS, 2013. pp. 25/32)

semânticos a serem observados pelo intérprete estejam contidos na constituição, considerada como documento normativo superior dotado de conteúdos morais próprios e passível de ser exigida em juízo.

A adaptação proposta não importa em afastamento das lições de DWORKIN. Neste sentido, é de se considerar o conteúdo do capítulo de *Law's Empire* que versa especificamente sobre o direito como integridade no âmbito das leis (*statutes*), o qual pode ser combinado, sem maiores prejuízos, com o já mencionado paradigma do constitucionalismo contemporâneo. Enquanto a pesquisa pela moralidade política em uma comunidade como a norte-americana encontra maior espaço de liberdade quantos aos itens a serem ordenados no sistema de decisões políticas fundamentais que formam o direito como integridade, uma vez que esta comunidade é regida por uma constituição menos detalhista e dirigente (CANOTILHO, 2001) que as atuais, nos países da cepa jurídica romano-germânica a liberdade de pesquisa encontra-se restrita aos parâmetros constitucionais, de sorte a preservar as decisões políticas fundamentais que estão corporificadas na constituição. É de se ver que, não raro, as constituições contemporâneas incluem diversos direitos e compromissos morais que podem ser considerados como contraditórios entre si, o que levou até à consideração, pela doutrina, da possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais<sup>132</sup>. Tal constatação fática não impede, antes recomenda, os esforços no sentido do direito como integridade, aqui defendido, devendo registrar, por ora, que o Direito de nossa sociedade democrática, cuja referência normativa superior é a constituição, deve ser um todo harmônico e coerente de justiça e equidade, um trabalho em curso no fluxo das decisões passadas e futuras da comunidade<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> O que não foi acolhido pelos tribunais em sua maioria. v. BACHOF, 1994.

<sup>133</sup> Uma possível objeção que pode surgir aqui está na aproximação, ao menos aparente, desta noção do direito como integridade do já conhecido postulado interpretativo que demanda a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica (cf. CANARIS, 2012. pp. 14-23). Como pontuado, a aproximação é meramente aparente e, se não é possível dizer que a referência à coerência seja original, a sua conformação no direito como integridade não deixará dúvidas quanto às suas peculiaridades distintivas do pensamento tradicional.

### III.b.i – Ceticismo e relativismo.

O ceticismo e o relativismo serão tratados em conjunto neste tópico por serem posturas teóricas com parentesco argumentativo. Em linhas gerais, o relativista entende que não existem verdades ou afirmações que possam postular o estatuto de objetividade, tudo a depender da apreciação subjetiva do intérprete. Com fincas na proposição nietzscheniana<sup>134</sup> de que “não há fatos, apenas interpretações”, defendem assertivas que gozam de uma vantagem argumentativa evidente em uma sociedade cada vez mais plural e multicultural. Isto porque o antagonismo fundacionista defende afirmações com pretensão de objetividade, as quais dependem de um esforço construtivo muito maior do que simplesmente afirmar que “tudo é relativo”, seja por parecerem antipáticas aos ouvintes acostumados ao lugar comum que leva a crer que afirmações com tendência à objetividade são contrárias à pluralidade cultural, seja por terem de provar, passo a passo, as suas razões, algo que normalmente é dispensado quanto ao relativismo<sup>135</sup>.

A refutação do relativismo pode se valer de duas ordens de argumentos. Em primeiro lugar, a impugnação geral presente no “tudo é relativo” é autocontraditória, uma vez que a própria afirmação da relatividade de forma irrestrita importa na relatividade da própria afirmação ou em sua objetivação, o que a torna insustentável<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> “The new relativists, with Nietzschean extravagance, have merely extended their exposure of the hollowness of pretensions to objectivity to science and everything else. Like its narrower predecessor, this form of analysis sees “objectivity” as a mask for the exercise of power, and so provides a natural vehicle for the expression of class hatred.” (NAGEL, 1998. p. 38)

<sup>135</sup> cf. NAGEL, 1999. p. 36: “Há um tipo de desigualdade em disputas sobre a autoridade geral da razão: os seus detractores, de acordo com uma das versões, limitam-se a dizer a mesma coisa vezes e vezes sem conta, ao passo que os seus defensores têm de resistir com algo diferente e mais complicado para cada tipo de aplicação da razão.”

<sup>136</sup> Conforme NAGEL (1999. p. 23) “Em termos esquemáticos, a afirmação “Tudo é relativo” não pode ter sentido, pois ela própria teria de ser subjetiva ou objetiva. Mas pode ser objetiva, uma vez que nesse caso seria falsa se fosse verdadeira. E não poder ser subjetiva, porque nesse caso não eliminaria todas as afirmações objectivas, incluindo a afirmação de que ela própria é objectivamente falsa.”. Contra este argumento, porém mantendo o relativismo sob ataque, é interessante notar que BOGHOSSIAN (2012. p. 87) prefere outra abordagem: “Nossa apreensão de opiniões relativistas deriva de nossa apreensão de relativismo locais - opiniões relativistas sobre domínios específicos tais como a polidez e a moral. Os relativismos locais, contudo, se comprometem explicitamente com a existência de verdades absolutas: o que eles afirmam é que juízos num dado domínio têm de ser relativizados a um parâmetro se for para terem condições absolutas de verdade. Uma vez assim relativizados, porém, eles então *têm* condições absolutas de verdade e assim são capazes de verdade ou falsidade absoluta. Por conseguinte, eles não nos

Em segundo lugar, o relativista geral parte de um ponto de observação externo ao objeto contestado. No caso a moralidade, ou seja, ele afirma que os juízos morais são relativos em razão de uma comparação meramente linguística entre as soluções divergentes, tal qual um observador, não entrando no mérito dos próprios juízos morais, o que seria realizado por alguém que estivesse partindo de um ponto de vista interno, o qual é experimentado pelo participante das relações morais. A avaliação moral será sempre interna e a justificação não é remetida à existência de diversas proposições linguísticas ou às nossas práticas, a justificação está dentro da própria qualidade da justificação<sup>137</sup>.

No entanto, em um ambiente em que a objetividade das afirmativas e a sua pretensão de verdade são cada vez mais desacreditadas e consideradas como resultado de uma busca infrutífera pela racionalização de situações da vida irracionais, sendo, não raro, nomeadas como um imperialismo, não é estranho que o relativismo goze de certo prestígio junto ao senso comum, o qual se encanta pela fluidez da apelação relativista à doutrina da igual validade<sup>138</sup>. Por esta “doutrina” existem diversas formas igualmente válidas de se conhecer, sem que se possa atribuir a uma, por exemplo a ciência, a primazia no conhecimento, colocando em pé de igualdade o criacionismo e a teoria da evolução, ambas tratadas como teorias de igual valor. Não é difícil perceber que, por outro lado, no ambiente científico há um certo desprezo para com tais entendimentos, que seriam guiados apenas por uma noção de correção política nos tempos atuais e não por razões verdadeiramente científicas (BOGHOSSIAN, 2012. p. 24).

Ocorre que no universo acadêmico jurídico, paradoxalmente, o relativismo ganha contornos de verdade, reforçando o caráter subjetivo e incontrolável das interpretações, algo que KELSEN (1999. pp. 247 e 249-250) já havia defendido anteriormente e que ganha terreno quando se pensa na indeterminação da linguagem e suas zonas de penumbra (HART, 1994. p. 124). Não é simples coincidência a referência aos dois maiores representantes do positivismo jurídico do século XX. O positivismo possui estreita correlação com as ideias relativistas, algo que foi expressamente louvado por RADBRUCH (s.d. p. 45) como uma das qualidades da postura relativista. A

---

oferecem um modelo de como poderíamos escapar de nos comprometer com a verdade absoluta enquanto tal.”

<sup>137</sup> Cf. NAGEL, 1999. p. 46.

<sup>138</sup> v. BOGHOSSIAN, 2012. p. 17.

desconfiança em relação a afirmações fundacionistas, que seriam subjetivas por excelência na visão positivista, especialmente no campo das normas de conduta, permeia o pensar apoiado na força dos fatos ou da solução formal e oriunda da força estatal. Os relativistas e os positivistas afirmam que eventual concordância sobre a correção ou incorreção de uma conduta, como por exemplo a discriminação por qualquer motivo, a mutilação genital, a lapidação e tantos outros temas sensíveis, é apenas fundada em razões fáticas, conjunturais e subjetivas, não sendo possível dizer que tais atos são errados em si de forma objetiva. De chofre se percebe o perigo em tais assertivas, uma vez que perpetuam relações de poder extraídas dos fatos, mantendo alijados do debate os dominados e conservando a posição dos dominantes (BOURDIEU, 2011. pp. 3-12), não pela correção conteudística de seus atos, mas apenas pela força.

O ceticismo<sup>139</sup>, por seu turno, lança mão do expediente da dúvida para colocar em suspense as afirmações, no nosso caso, morais, ou mesmo a possibilidade tais afirmações. Desta forma, seguindo os passos de DWORKIN (1986. pp. 76-86)<sup>140</sup>, podemos identificar um ceticismo exercitado de fora da prática moral, nomeado como ceticismo externo, e outro que é usado pelos intérpretes como tais dentro da prática moral. O ceticismo exterior à interpretação das práticas morais impugna a possibilidade de afirmações objetivas apoiado na ideia fisicalista, defendendo a impossibilidade de comprovação de tais interpretações no mundo físico, estando fora de hipótese o teste de tais assertivas, eis que simples projeções na realidade e não de descobertas deste mundo. Tal postura, nomeada como arquimediana (1996, p. 89), haja vista que depende de pontos de apoio externos ao debate para a sua argumentação, é uma teoria metafísica e não uma posição moral ou interpretativa (DWORKIN, 1986. p. 79), sendo de pouco impacto quando de discussões morais práticas, uma vez que a tranquilidade do cético externo cede no primeiro momento em que se deve decidir se a lapidação é correta ou não ou se o sacrifício de crianças deficientes em aldeias indígenas brasileiras é admissível<sup>141</sup>. As crenças que entram em conflito não são de ordem metafísica, mas de

---

<sup>139</sup> Sobre o ceticismo importa remeter, neste momento, às “Hipotiposis pirrônicas” de SEXTO EMPÍRICO (1997. pp. 115-122).

<sup>140</sup> Em texto posterior (1996. p. 88), DWORKIN diferenciou, ainda, o ceticismo em geral e limitado, na medida em que o primeiro ataca a própria ideia de verdades objetivas sobre tudo e o segundo aceita a existência de verdades descritivas como as matemáticas, negando as de ordem moral ou ética que dependeriam de uma avaliação.

<sup>141</sup> O projeto de lei nº 1057-B de 2007, em trâmite na Câmara dos Deputados do Brasil, cuida da “proteção das crianças, dos adolescentes, das mulheres, das pessoas com deficiência e dos idosos indígenas contra

moralidade e, como tais, devem ser tratadas, fazendo com que o intérprete tenha de assumir uma posição interna ao debate.

Dessarte, o ceticismo que interessa em termos de interpretação das práticas morais é o interno, aquele praticado pelo intérprete de uma determinada atividade. O cético interno se vale da já referida doutrina da igual validade, nivelando as alternativas morais no mesmo patamar e fazendo com que a prevalência de uma ou outra opção termine por ser uma questão de fato ou de força, subjetiva na essência e, portanto, alvo de escolhas pessoais e não de decisões racionais. Ao colocar todas as interpretações sobre a moralidade política no mesmo plano, o cético termina por desconsiderar os avanços argumentativos de cada posição, servindo como um mecanismo de reação e manutenção das situações consolidadas. Assim, se considerarmos que a mutilação genital é tanto boa quanto má, não há sentido em desenvolver novos argumentos racionais, apenas devemos aceitar o que está posto ou, quando no limite, entrar em luta pelo poder de alteração. Vê-se que o ceticismo faz pouco de nossa capacidade de evoluir como criaturas racionais que discutem e abordam diferentes pontos de vista morais.

### III.b.ii – Objetividade de juízos morais.

Como se percebe, a atividade de atribuir valor moral a algo não é tarefa simples como decidir o que se terá para o pequeno almoço ou qual o tipo de roupa é adequado para as condições de tempo do dia. No entanto, por mais paradoxal que possa soar, é algo que se faz todo o tempo. Em todos os momentos na vida em sociedade somos chamados a decidir entre atender os nossos desejos e respeitar o que o bem comum requer, devemos decidir se algo é certo ou errado em cada situação conflitual. Nesta incessante caminhada decisória, a busca pela certeza sobre juízos morais afasta o conforto do ceticismo, uma vez que a dúvida não pode ser levantada como porto seguro para nossas posições morais. Não há como se paralisar pela dúvida sobre a correção do

---

práticas que atentem contra a vida, a saúde e a integridade físico-psíquica” impondo o dever de proteção aos órgãos responsáveis pela política indigenista.



caminho a ser trilhado ou mesmo entender que ambos são equivalentes, sob o risco de colocarmos em questão a nossa possibilidade de coexistência racional com escolhas aleatórias e prejudiciais à comunidade. É preciso um esforço argumentativo maior para afastar as impugnações que apontam a subjetividade dos juízos morais, descobrindo e, ao mesmo tempo, construindo a objetividade possível nestes temas.

Importa ressaltar que a objetividade buscada não é e não pode ser de ordem metafísica, dado que não se encontra pairando sobre nós ou em um mundo ideal. Não existem afirmações morais dignas de defesa que possam ser consideradas ideais. Não há um “ser” moral ou um padrão moral abstrato que sirva como régua para medir as condutas. Quando trabalhamos com afirmações morais, as formas ideais e abstratas não surgem em nosso socorro, uma vez que estas também, mesmo que assim pensadas, dependem da atividade interpretativa. Na afirmação de um modelo abstrato de conduta, parte-se de uma interpretação e não da constatação pura e simples de algo posto ou dado. As decisões morais mais importantes não se encontram prontas e acabadas passíveis de serem retiradas de um código de regras. Diversos episódios literários, desde Antígona, dão o tom da questão, sendo que um fato histórico recente serve como ilustração dramática. De acordo com os registros do Museu Regional de Demmin, em 8 de maio de 1945, cerca de mil pessoas preferiram a morte que a vida em um país não governado pelo regime nazi<sup>142</sup>, no que foi o maior suicídio em massa da Alemanha. Quando uma mãe é levada a decidir entre a vida de seus filhos e suas convicções políticas mais íntimas não há como se levantar a dúvida cética, apontar a igual equivalência das condutas ou usar padrões pré-moldados de avaliações morais, sejam dotados de força religiosa, jurídica ou metafísica. O “morrer pela pátria”, incluindo ceifar a vida de seus entes, pode dar a solução para o momento, o que não faz com que tal decisão passe a gozar de intangibilidade quanto à avaliação de sua correção moral. Assim, faz-se necessário lançar mão de juízos racionais, sendo possível avaliar e apreciar a correção de uma ou outra decisão.

Por outro lado, os padrões morais que se pretendem objetivos não dependem do consenso sobre sua correção, não havendo lugar para um apelo à

---

<sup>142</sup>cf. “Quando mães jogavam os filhos no rio”, El País 19.04.2015, disponível em [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/17/internacional/1429293787\\_627238.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/17/internacional/1429293787_627238.html).

popularidade de uma determinada ideia. Por mais corrente e popular em determinada coletividade, condutas como a ablação genital feminina não podem ser consideradas corretas do ponto de vista moral, haja vista que interferem de forma grotesca na formação da individualidade feminina, denotando um inequívoco desprezo para com esta parcela da população, constituindo-se, assim, em uma conduta duplamente abusiva, para se dizer o mínimo, dado que desconsidera a igualdade de tratamento que merecem ambos os cidadãos, homens ou mulheres, e reduz a condição de desenvolvimento da individualidade das mulheres. O fato de que mais de 50% (cinquenta por cento) das mulheres egípcias entre 15 (quinze) e 49 (quarenta e nove) anos pense que a prática deve continuar<sup>143</sup> não torna a mutilação genital feminina correta. Quando se defende a dignidade humana e a liberdade de autodeterminação decorrente da igual consideração pelo destino de cada um, os argumentos pretensamente populares ou “democráticos” de respeito às diversidades culturais devem ceder, uma vez que nada mais são que a reprodução e a perpetuação de uma situação de poder em detrimento da própria condição humana. A adoção do estratagema de erística do rótulo odioso<sup>144</sup>, nomeando como “imperialista” a posição contrária à mutilação, possui mero efeito retórico, não seduzindo quem articule seus pensamentos sobre a moralidade política com uma postura empática sincera, afinal não se defende a superioridade de um modo de vida, apenas a possibilidade de ser considerado como um indivíduo singular que merece a mesma tutela da comunidade que os demais no desenvolvimento de sua personalidade.

Igualmente, a correção das interpretações morais não está no mundo físico como um dado bruto, algo que possa ser testado de forma fisicalista ou mesmo detectado em partículas morais presentes nas pessoas<sup>145</sup>. Como se percebe, a redução das questões de moralidade política à naturalística encontra os mesmos obstáculos que a defesa do Direito Natural enfrenta. Advogar a existência de uma ordem natural de direitos pode convencer de início, sobretudo na contemporaneidade com a onipresença do apelo à dignidade humana, presente em diversas ordens constitucionais como já pontuado anteriormente. Da mesma forma que serve como chave para “abertura” em

---

<sup>143</sup> Cf. estudo realizado pela UNICEF disponível em [http://data.unicef.org/corecode/uploads/document6/uploaded\\_pdfs/corecode/FGM-C-Brochure-7\\_15-Final-LR\\_167.pdf](http://data.unicef.org/corecode/uploads/document6/uploaded_pdfs/corecode/FGM-C-Brochure-7_15-Final-LR_167.pdf)

<sup>144</sup> Apresentado como o 32º (trigésimo segundo) estratagema de dialética erística por SCHOPENHAUER, 1997, p. 174.

<sup>145</sup> Para DWORKIN seriam os “morões” (2011, p. 32).

prol do positivismo *soft*, com maior razão a dignidade humana pode ser usada para a defesa de versões naturalísticas, afinal haveria uma concessão ao que liga todos os humanos como tais, a dignidade. Ocorre que a fórmula apresentada nestes termos torna-se oca, a depender de como será preenchida em termos substanciais, havendo, ainda, espaço para que o discurso naturalístico seja usado como forma de mascarar e manter relações de poder, sob a justificação de que eventuais situações seriam decorrência da ordem natural, como sói acontecer em regimes injustos de subjugação de parcelas da população. Neste ponto, a referência naturalística, em função de sua insuficiência, deve ceder espaço para análises substanciais intersubjetivas como a que aqui se defende, sob o risco de idolatria de uma ideia desprovida de força de convencimento, uma vez que defender a dignidade humana sem precisar seus contornos de conteúdo ou se agarrando a formas abstratas termina por ser uma defesa meramente retórica com eficácia restrita ou quase nula nos grandes debates de moralidade política.

Existe, ainda, uma oposição quanto à objetividade dos juízos morais, tributária do ceticismo e da doutrina da igual valência, que aponta para a existência de antagonismos, indicando que tais conflitos seriam insolúveis de forma objetiva. Ao contrário, a divergência entre pontos de vistas morais não pode ser entendida como um reforço no sentido do ceticismo, certo que tais situações fazem parte da essência do pensamento da moralidade política. Os debates sobre as razões morais servem como um exercício de descoberta (DWORKIN, 1986. p. 86) sobre qual ponto de vista fornece o melhor fundamento para as nossas convicções morais, melhor se ajustando ao conjunto interpretativo, e quais devemos descartar por insuficiência argumentativa. Não há impasse na divergência, ao contrário, o que pode haver é uma limitação da qualidade do argumento desenvolvido, o que não implica na inutilidade do debate moral e na busca racional por fundamentos que ultrapassem as travas meramente fáticas ou fisicalistas e também não resultem em posições metafísicas.

Ainda como forma de solucionar a questão da natureza controvertida das posições sobre moralidade política, é curial recordar o uso que DWORKIN faz da distinção entre conceitos e concepções (1986. pp. 70-71). O termo conceito é certo e

abstrato por natureza<sup>146</sup>, enquanto que a concepção ou as noções são desenvolvidas no ambiente de “contradições e superações sucessivas”<sup>147</sup>. Dessarte, quando se controverte em termos de moralidade política a divergência é concentrada nas concepções que cada contendor apresenta sobre um determinado tema e não sobre os conceitos que fundam o tema. De forma exemplificava, quando se discute sobre se isonomia entre homens e mulheres entende-se que a divergência não se situa no âmbito do conceito de isonomia, mas sim sobre qual a concepção política de isonomia entre homens e mulheres melhor corresponde ao pensamento de cada comunidade. Em termos mais específicos, a divergência se concentra em saber se homens e mulheres devem ser submetidos à mesma idade de aposentação, havendo quem defenda a distinção, por conta do acúmulo de atribuições da casa e do trabalho, e quem defenda a igualdade simples, muitas vezes usando o discurso igualitário feminista como falso suporte.

Com tal distinção a questão da controvérsia fica contida no seu ambiente próprio, a discussão quanto aos melhores argumentos de moralidade política, escapando a falsas abstrações e impugnações de ordem meramente subjetiva. Apenas os melhores argumentos de ordem moral podem se sobressair no debate, ou seja, somente um argumento moral melhor pode superar outro, fazendo com que os apelos à popularidade ou ao suporte fático de um argumento apresentem eficácia meramente retórica, haja vista que se apoiam justamente na naturalização de algo que não comporta tal redução, não influenciando a valoração moral de uma conduta. Por outro lado, é de se rejeitar a impugnação abstrata quanto aos valores, os quais não se encontram em uma ordem superior de verdades absolutas aguardando a descoberta, mas dependem da atividade construtiva dos intérpretes<sup>148</sup>, o que afugenta o fantasma weberiano da eterna luta entre os deuses que assombra a questão dos valores.

A resposta correta que se busca, portanto, é aquela possível de ser atingida dentro do paradigma da intersubjetividade, o que nos leva, mais uma vez, a admitir a correção das críticas tecidas por HABERMAS (2003. pp. 279-284), visto que a construção e a descoberta da resposta correta encontram-se em relação de dependência dos processos democráticos de formação das decisões públicas, legislativas e judiciais, o que

---

<sup>146</sup> GRAU, 2014. p. 157.

<sup>147</sup> GRAU, 2014. p. 160. DWORKIN, 1986. p. 71.

<sup>148</sup> Para DWORKIN esta seria uma postura realista frente aos valores morais (1996. p. 128).

implica que para a correção da decisão não bastará a sua substância mas, também, a sua formação “através da procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade”<sup>149</sup>. A objetividade e certeza da decisão não estão fora do processo, seja em ordens metafísicas, “naturais” ou fáticas e também não devem prestar contas de sua popularidade, sendo que a sua correção substantiva e o respeito aos meios de produção das decisões (aspecto formal) conferem-lhe a força argumentativa suficiente para solucionar e pacificar as divergências.

Em resposta à pergunta que intitula o presente capítulo, espera-se que uma decisão judicial busque a resposta correta possível para cada caso, respeitando os direitos das partes em não receberem soluções discricionárias, uma vez que se tratam de direitos e princípios dotados de força deontológica própria e não de opções discricionárias e teleológicas com igual valor para o magistrado. A busca pela resposta correta no ambiente do Estado de Direito Democrático respeitará, ainda, os limites formais de sua produção, atendendo às regras democráticas do processo decisório. Desta feita, dentro de um juízo positivo de moralidade política, a decisão deverá ser correta, por fim, do ponto de vista material, ao promover e resguardar a igualdade de consideração e respeito para com cada cidadão por parte do Estado.

---

<sup>149</sup> HABERMAS, 2003. p. 283.

#### IV – O valor da integridade no Direito

A defesa da integridade como virtude política autônoma e essencial para o Estado de Direito Democrático será o objeto analisado neste capítulo. A integridade será entendida, na linha dworkiniana, como a exigência de que o legislador busque fazer com que o conjunto de leis seja coerente em relação à moralidade política da comunidade e de que o julgador trate as leis, na medida do possível, como um conjunto coerente com a esta mesma moralidade política (DWORKIN, 1986. p 176)<sup>150</sup>. Desta forma, o direito como integridade aqui esposado, portanto, assume que o Estado deve demonstrar para cada um de seus cidadãos igual respeito e consideração (*equal concern*) e as decisões judiciais devem ser certas e fundadas em juízos objetivos de moralidade política, sem espaço para escolhas subjetivas. As decisões judiciais são assumidas como juízos interpretativos que combinam o passado e o futuro de uma prática jurídica em um empreendimento político em desenvolvimento constante (DWORKIN, 1986. p. 225)<sup>151</sup>.

É preciso, no entanto, avançar em termos metodológicos, permitindo que a atividade interpretativa a partir da proposta do direito como integridade seja factível e não um simples discurso de frases de efeito meramente retórico. Cumpre esclarecer que a precisão metodológica não importa na busca de uma teoria geral e abrangente acabada, com métodos rígidos e próprios do fisicalismo, apenas uma teoria possível para as decisões judiciais. Neste desiderato, alguns pressupostos devem ser assumidos, tendo em consideração as peculiaridades da matriz romano-germânica do Direito luso-brasileiro. A adaptação do pensamento dworkiniano ao nosso Direito encontrará maior funcionalidade na exata medida em que o intérprete respeite a centralidade da lei como fonte jurídica formal principal. Como será visto, a jurisprudência e as lições doutrinárias preservam sua importância no processo de desenvolvimento do Direito como integridade, aqui revisitado com olhos romano-germânicos, havendo, apenas, o reconhecimento da legalidade como conquista democrática que não se deve perder de

---

<sup>150</sup>“We have two principles of political integrity: a legislative principle, which asks lawmakers to try to make the total set of laws morally coherent, and an adjudicative principle, which instructs that the law be seen as coherent in that way, so far as possible.” (op. loc. cit.)

<sup>151</sup> “It insists that legal claims are interpretative judgments and therefore combine backward- and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative.” (op. loc. cit.)

vista. Os três pontos cardinais de produção do Direito são mantidos, assim, em harmonia, de molde a manter, tanto quanto possível, as promessas do Estado de Direito.

Interessa notar, sobre o tema, a leitura empreendida por HESPANHA (2012. p. 556) quanto à disputa pelo poder de dizer o direito. No decorrer do tempo, diversos grupos se organizaram em torno da defesa de seus interesses em centralizar a produção da resposta jurídica. Os juristas práticos defenderam o direito jurisprudencial, que gozava de certo predomínio no direito ocidental pré-moderno com a ideia de *ars inveniendi* (v. HESPANHA, 2012. p. 212; ALBUQUERQUE, 2002) e reforçava a descoberta da solução pelos iniciados nas letras jurídicas, tornando o direito mais maleável e plural, com grande capacidade de adaptação ao caso apresentado para decisão, porém com inegável deficiência do ponto de vista da segurança e da previsibilidade. Em reação à instabilidade provocada pelo direito jurisprudencial, a época moderna deu espaço para a defesa de outro grupo de interessados no monopólio da definição do direito que caracterizou o paleopositivismo do Estado Legislativo de Direito. Enquanto a solução confiada aos juristas práticos poderia ser caracterizada como artesanal, a primeira onda modernista buscou vencer o particularismo e a insegurança com a entrega da solução das disputas jurídicas à vontade geral expressada pelos representantes do povo, sendo que os juristas seriam colocados em segundo plano, meros exegetas dos textos que deveriam apenas reproduzir as soluções postas nas leis ou, quando muito, consultar o poder político quando surgisse algo fora do cardápio legal (*référé législatif*). Ainda no curso da modernidade, o terceiro grupo de interesse toma corpo e se apresenta como pretendente ao monopólio da palavra jurídica, asseverando a necessidade de um conhecimento técnico especializado e abstrato, próprio dos doutores professores, para se saber a solução correta. Delineados os três grupos de interesses, mesmo que de forma superficial, é possível filtrar e identificar o ponto nodal de algumas controvérsias que pululam no cenário jurídico, uma vez que, não raro, há uma troca de acusações quanto à qualidade e autoridade das soluções jurídicas entre os doutores professores doutrinadores, os magistrados e os membros do parlamento, cada qual se arvorando como detentor da palavra final. Neste trabalho, repise-se, não há a defesa de respostas produzidas fora do direito democrático, devendo ser respeitados os limites traçados pelo legislador constituinte, em um trabalho complexo de coordenação dos três polos de produção jurídica - doutrina, jurisprudência e parlamento.

A admissão da centralidade da lei, melhor dizendo, da legalidade como fonte primordial de produção jurídica em democracia, importa, em grande medida, em divergência com o modelo dworkiniano de direito como integridade, uma vez que no modelo original há a clara preferência pela produção jurídica decorrente da atuação jurisdicional. Tal referência decorre do sistema jurídico em que originalmente foi pensado, visto que no *common law* os precedentes gozam de força vinculativa para o futuro, refletido no adágio latino *stare decisis et non quieta movere*<sup>152</sup>. Desde o início deste trabalho apontamos para o fato de que as ideias de DWORKIN necessitavam de adaptações para o nosso sistema jurídico<sup>153 154</sup>, o que não afasta a essência de seus ensinamentos presentes na objetividade dos juízos morais, donde decorrem a possibilidade de respostas certas e a rejeição da discricionariedade a partir da tese dos

---

<sup>152</sup> A complexidade do sistema *common law*, especialmente o norte-americano, escapa ao objeto deste estudo, sendo que as técnicas de superação dos precedentes (*overruling*) e de exceção à regra (*distinguishing*) podem ser mais bem apreendidas em estudos próprios como os de KALT (2003-2004), ESKRIDGE JR (1988) e, sobretudo, CORWIN (1953).

<sup>153</sup> No Brasil, a aproximação com o sistema do *common law* tem sido registrada por diversos juristas, sendo que houve uma forte investida neste sentido quando da tramitação legislativa do novo Código de Processo Civil (STRECK, 2015. p. 39). Na visão do ministro ZAVASCKI “nosso sistema caminha a passos largos para o *common law*”, sobretudo em nome de uma “eficácia expansiva das decisões judiciais” sobre a constitucionalidade das normas tomadas pelo STF no âmbito do controle incidental”, pela qual as decisões passam a valer para relações jurídicas diversas das que originaram a decisão, não se limitando mais à eficácia entre as partes processuais. v. <http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>. Há que se tomar o devido cuidado com a importação de soluções jurídicas, sobretudo no que diz respeito aos modelos distintos, de forma a não criar ainda mais problemas. Conforme relato constante de editorial do diário “O Estado de São Paulo”, a Organização dos Estados Americanos pretende “uniformizar a estrutura organizacional dos tribunais e a legislação processual” das Américas, seguindo o parâmetro norte-americano, o qual não necessariamente se adapta às sociedades ainda em desenvolvimento dos demais países americanos, com demandas e necessidades diversas. v. <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,uma-nova-arquitetura-juridica,10000002526>

<sup>154</sup> O novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/2015) deu um passo importante no sentido da estabilidade das relações jurídicas e da proteção da isonomia republicana ao prever a coerência entre a prestação jurisdicional de cada caso e as decisões precedentes, inserindo como causa de nulidade da sentença, no artigo 489, parágrafo 1º, VI, a ausência de superação expressa do precedente (*overruling*) e a não distinção do caso frente às decisões anteriores (*distinguishing*). “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”. Já no artigo 926, o legislador consagrou a necessidade de se observar a integridade e a coerência do direito pronunciado pelos tribunais, o que, para STRECK (2015. pp. 40-41) favoreceu a defesa dos argumentos contrários à discricionariedade judicial, inclusive apontando para a adoção do integracionismo dworkiniano, muito embora o próprio código contenha dispositivos que confirmam o pendor eclético do brasileiro, inclusive no plano normativo, como o parágrafo único do artigo 140, que autoriza o julgamento por equidade quando permitido por lei. Tudo a demonstrar movimentos contraditórios de aproximação e afastamento da discricionariedade judicial. “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. (...) Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”



direitos (*rights thesis*), e o argumento da integridade como virtude política a orientar a resolução das demandas jurídicas.

A legalidade é característica essencial do Estado de Direito<sup>155</sup> que foi construído nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, servindo como garantia da contenção do poder público como idealizado pela doutrina da separação de funções de poder em legislativo, executivo e judiciário (FERRAJOLI, 2015. p. 140). A defesa da legalidade como fonte jurídica por excelência é, em verdade, uma defesa do próprio Estado de Direito Democrático (artigo 2º da CRP e artigo 1º da CRFB), justamente por permitir o controle das funções de poder, na medida em que afasta o império das vontades individuais, prestigiando o governo das leis e as definições decorrentes do exercício da democracia. De igual sorte, a prioridade à lei reforça o papel institucional do poder judiciário como garantidor da ordem jurídica e não como criador ou personagem principal, o que faz com que o modelo constitucional se fortaleça, já que o guardião não passará a raptor do direito, ou seja, as funções de criação e de interpretação permanecem separadas, não havendo confusão entre o direito vigente e o direito vivente<sup>156</sup>.

Nos dias atuais a legalidade vem sendo alvo de diversos ataques, fragilizando o seu valor prático e o seu valor simbólico. Em termos práticos, a exigência de lei em sentido formal vem sendo tratada como um entrave econômico ou social para os problemas que se apresentam ao Estado, para os seus detratores seria uma formalidade dispensável e que pode ser substituída pelos regulamentos e demais atos administrativos, especialmente os que são fruto da chamada discricionariedade técnica exercida pelas diversas agências de governo. Este processo de degradação da estatura da

---

<sup>155</sup> “No Estado democrático de direito, compete à legislação política a função central.” HABERMAS, 2003. p. 243.

<sup>156</sup> Apropriamo-nos aqui da distinção de FERRAJOLI entre direito vigente que é “conjunto dos atos e dos enunciados prescritos produzidos, em um dado ordenamento, pelas autoridades por este habilitadas à produção” e direito vivente, visto como “o conjunto das interpretações, diversas e diversamente argumentadas conforme os diversos interpretes e as diversas circunstâncias de fato, fornecidas pela jurisprudência” (2015, p. 138). Claro que a aproximação com o positivismo do professor italiano deve ser admitida com cuidado, por mais sedutora que seja a versão por ele apresentada, dado que seus pressupostos conflitam com as linhas gerais aqui defendidas, servindo, como exemplo a ausência de distinção entre texto e norma que permeia o trabalho do positivista.

lei, usualmente descrito como deslegificação na doutrina administrativista<sup>157</sup>, termina por tornar o ordenamento muito mais complexo, impossibilitando aos cidadãos o conhecimento de seus direitos e deveres, uma vez que a teia normativa se prorroga ao infinito no plano quantitativo e passa a se valer de termos técnicos que não estão ao alcance de uma pessoa comum<sup>158</sup>. Já no que diz respeito ao valor simbólico da legalidade, a questão fica mais acendrada quando se percebe que o ativismo judicial atua como um predador da democracia, na exata medida em que substitui um centro de exercício de poder por outro com atribuições completamente distintas. É de se ver que o ativismo judicial consegue, da mesma forma que o gigantismo administrativo dos regulamentos, transmitir uma imagem positiva de agilidade e, não raro, de afinidade com as “boas causas politicamente corretas”. Por mais sedutora que seja a proposta ativista, é inequívoco o desvalor atribuído à democracia justamente por quem deveria defendê-la. Não se compreende como pode ser realizada “justiça” em desprestígio ao Estado de Direito Democrático, existindo uma autêntica crise de identidade no ativista que se acredita justo, mas em verdade, ao romper com as amarras da legalidade, termina por ser um mero justiceiro<sup>159</sup>.

A busca pela “justiça” torna-se ainda mais perigosa quando se alimenta da insatisfação com o estado de coisas, ou contra “tudo o que esta aí”, visto que passa a questionar a própria democracia por suas faltas e deficiências em responder de forma rápida e suficiente aos problemas apresentados. Como se percebe ao travar contato com os porta-vozes deste novo saber, a saída para tal dilema importa não em aperfeiçoar a

---

<sup>157</sup>Conforme relata SOUTO (2002, pp. 47-52), a deslegalização ou deslegificação tem origem na doutrina francesa desenvolvida a partir de decisões do Conselho de Estado do início do século XX, sendo conhecida como *délégation de matières*. O tema voltou a receber especial atenção com a doutrina administrativista italiana da *delegificazione*, nos anos 1990, apontando, em síntese, para a retirada de determinados assuntos do âmbito da lei em sentido formal e remetendo a sua regulação e disciplina para os regulamentos administrativos. A questão encontra resistência, dentre outros motivos, por conta de seu déficit democrático, visto que a solução normativa passou ao largo dos debates parlamentares, e em função do rompimento do preceito representativo constante da máxima *delegata potestas non potest delegari*. v. no direito brasileiro MEDAUAR, 2003. pp. 250-252 e no direito argentino DROMI, 2006. pp. 454-456.

<sup>158</sup>Neste sentido cumpre o alerta de FERRAJOLI (2015, pp. 168 e 209) para quem, partindo de uma visão positivista nomeada como garantista, afirma que “a agressão ao princípio da legalidade ocorreu também por intermédio do fenômeno da inflação legislativa e da degradação qualitativa da linguagem legal naquela que foi denominada *a idade da descodificação*” culminando com o retorno à “incerteza do direito jurisprudencial pré-moderno”.

<sup>159</sup> Ainda em FERRAJOLI (2015, p. 140) “é exatamente a separação dos poderes que fica comprometida pelas doutrinas principialistas”, as quais “promovem um ativismo judicial que corre o risco de resultar em um desnaturamento da jurisdição, por aquelas transmutada em uma fonte de direito”.

democracia, mas em soluções alternativas que culminam em achegas à aristocracia. Quando importantes vozes do judiciário passam a afirmar que “cortes como o Supremo Tribunal Federal passaram a desempenhar, simultaneamente, o papel contramajoritário tradicional, função representativa, pela qual atendem a demandas sociais relevantes que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário.” (BARROSO, 2015. p. 46), deixam evidente o apelo à aristocracia, formada pelos poucos magistrados dotados de elevado saber jurídico que ocupam as cortes constitucionais, que ora passam a ser mais uma ordem representativa, como se fossem mais uma manifestação direta de poder democrático, ou, ora se apresentam como um “poder moderador” frente aos demais, “resolvendo os impasses da sociedade”<sup>160</sup>, tomando um desvio democrático que pode escoar em uma “supremocracia”<sup>161</sup> ou juristocracia (HIRSCHL, 2007). Se do lado deontológico, das estruturas democráticas, a nomeada “razão sem voto” presente nos tribunais não é algo pacífico, parecendo mais um apelo em favor dos “nobres”, pela análise empírica resta ainda mais fragilizada, conforme defendem os pesquisadores HARTMANN e CHADA (2015. p. 24)<sup>162</sup>, indicando que não há espaço para o papel de guia da democracia a ser assumido pelos tribunais. Aos insatisfeitos com a democracia, cumpre o alerta do historiador KARNAL (2015) para quem “A democracia não é o sistema que garante o paraíso na Terra, mas é o sistema que impede que o inferno se instale. (...) A democracia não é apenas o melhor sistema, é o único sistema que possibilita que alguma ética, que alguma justiça, que alguma igualdade social possa existir, mesmo com suas falhas estruturais.”.

Portanto, não há anacronia na radicalidade quanto na defesa da lei aqui esposada, uma vez que as transformações pelas quais o Estado de Direito passou não fazem com que conquistas civilizatórias como a legalidade caiam por terra como frutos apodrecidos. Se por um lado não se está a fazer uma defesa intransigente da separação

---

<sup>160</sup> Conforme pronunciamento do ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro DIAS TOFFOLI em palestra acadêmica em São Paulo. <http://politica.estadao.com.br/blogs/roldao-arruda/stf-e-o-novo-poder-moderador-da-republica-diz-toffoli/>

<sup>161</sup> O que, nos ensinamentos de VIEIRA (2008. p. 445) “refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes”.

<sup>162</sup> “Diante da realidade mostrada pelas evidências empíricas, podemos concluir que o Supremo não atua hoje em condições que pudessem vir a viabilizar o exercício de uma função representativa. Além de outras condições de qualidade que também seriam necessárias, mas sequer chegamos a testar, o Tribunal não tem como produzir decisões com a qualidade necessária descrita por Barroso em seu artigo. Concordamos com o mérito, impacto e relevância das decisões citadas pelo professor, mas as evidências nos levam a crer que tais decisões não são representativas do todo.”

dos poderes em sua versão clássica<sup>163</sup>, com três órgãos com atribuições funcionais específicas e estanques, algo que não encontra amparo na prática política da maior parte dos Estados, considerando o predomínio do modelo de freios e contrapesos (*checks and balances*)<sup>164</sup>, por outro não se pode aceitar que as garantias dos cidadãos contra o poder estatal sejam malbaratadas. A garantia<sup>165</sup> legal importa não apenas na limitação direta ao Estado, mas em uma limitação decorrente, ao menos do ponto de vista ideal, da própria vontade dos cidadãos<sup>166</sup>, o que, por certo, é a verdadeira expressão da igualdade entre os membros da comunidade.

É importante notar, ainda, que a igualdade insculpida na lei funciona como a medida de justiça possível nos atos estatais, cientes de que a justiça em estado puro e ideal não é própria do mundo dos mortais. Aqui se defende a existência de um nexo entre as ideias de justiça na ordem jurídica e a imparcialidade dos juízes, as quais são possibilitadas e garantidas pela submissão à lei (BARBAS HOMEM, 2001. p. 267), conquistas modernas que não podem ser olvidadas. A decisão judicial, portanto, será justa na exata proporção da imparcialidade do prolator e de sua subordinação incondicional à legalidade, sem espaços para arroubos individuais. O “eu” do magistrado, o qual não se ignora a sua existência e influência na aplicação do direito<sup>167</sup>, deve ser

---

<sup>163</sup> Proposta que se encontra em permanente questionamento, tendo ACKERMAN (2014, p. 15) argumentado, em recente texto, por uma nova separação dos poderes que culminaria em “dar um carinhoso adeus a Montesquieu”. Por outro lado, em análise da vivência desta ideia política fundamental nos Estados Unidos, VASCONCELOS (1994, pp. 24/25) pontifica que a separação dos poderes é uma garantia contra um poder tirânico e “também como uma técnica para construir um governo mais estável e eficiente”. Quando se defende a separação das funções de estado, o que se pretende não é o engessamento minucioso dos atores em um modelo irreal, mas sim que cada um busque realizar o projeto normativo constitucional da melhor maneira possível, respeitando um mínimo de regras e limites em prol da liberdade da comunidade.

<sup>164</sup> Nas palavras de JAMES MADISON “I shall undertake in the next place to show, that unless these departments be so far connected and blended, as to give to each a constitutional control over the others, the degree of separation which the maxim requires, as essential to a free government, can never in practice be duly maintained.” (HAMILTON, JAY and MADISON. 2001. p. 256)

<sup>165</sup> Aqui se reforça a ideia garantista de forma ampla defendida por FERRAJOLI no sentido de ser um “modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e nos vínculos a eles impostos para a garantia dos direitos, primeiramente, dentre todos, os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição. Neste sentido o garantido é sinônimo de “Estado constitucional de direito””. (2015. p. 30). v. FERRAJOLI, 2009. p. 42.

<sup>166</sup> A vertente clássica do pensamento teórico da democracia reforçava a vinculação entre governo e governados, aproximando-a de um autogoverno que não corresponde à realidade, por isso foi pontuada como uma idealização. Não há uma autonomia quase romântica na produção legislativa em democracia, sendo que “as leis, todas as leis, permanecem sempre heterônomas, mesmo para as maiorias que, direta ou indiretamente, as votaram.” (FERRAJOLI, 2015. p. 43).

<sup>167</sup>Veja-se que DWORKIN, ao defender a leitura moral da Constituição dos Estados Unidos, propõe uma interpretação que não se arrime na ficção de que o juízes são politicamente neutros mas, ao contrário, são pessoas que se valem de seus pontos de vista moral no processo interpretativo. Desta forma, o melhor é

controlado em favor do “eu” da comunidade republicana, fazendo com que a boca que pronunciava as palavras da lei passasse a ser a que dá ressonância à voz da comunidade, interpretando e fazendo valer a vontade republicana presente na Constituição, fundamento de toda e qualquer legalidade contemporânea. Desta forma, obediente à legalidade, o “eu” assujeitador e tirano de PASCAL<sup>168</sup> cede em favor da comunidade, fortalecendo os laços intersubjetivos e o projeto de vida em comum que nos liga e é vertido no texto constitucional.

Como já se delineia, a admissão da legalidade como pilar central do ordenamento não importa na aceitação do antigo modelo do Estado Legislativo de Direito que equiparava o direito à lei, algo que era corrente na escola da exegese (paleojuspositivismo). A simplificação esquemática não resolve a equação do Estado de Direito Democrático, o qual possui tarefas em dimensão radicalmente distintas das comunidades políticas oitocentistas, seja no âmbito econômico ou social. Como já foi tratado no capítulo antecedente, o fato de o direito não se esgotar na letra da lei não importa em liberdade criativa ao intérprete, especialmente para a descoberta e/ou invenção de “princípios” sem qualquer lastro no ordenamento jurídico, mais se assemelhando aos locais argumentativos ou *topoi* (VIEHWEG, 1979. p. 36). Como a lei, sobretudo a Constituição, não pode ser classificada como mero expediente retórico, afastável do caso ao sabor do intérprete, sendo que, ao revés, ela contém, ao mesmo tempo, o início do material a ser interpretado e os limites da interpretação, não se compreende a busca pelo direito fora da lei como se fosse uma pedra filosofal.

A única normatividade que realmente interessa no Estado de Direito Democrático é a que se reconduz à legalidade, ou seja, aquela que respeita as intenções

---

que as opções políticas passem a ser explicitadas em cada decisão, de forma a possibilitar que se possa avaliar se os intérpretes são ou não fieis ao projeto político constitucional da comunidade. “Constitutional politics has been confused and corrupted by a pretense that judges (if only they were not so hungry for power) could use politically neutral strategies of constitutional interpretation. Judges who join in that pretense try to hide the inevitable influence of their own convictions even from themselves, and the result is a costly mendacity. The actual grounds of decision are hidden from both legitimate public inspection and valuable public debate. The moral reading offers different counsel. It explains why fidelity to the Constitution and to law *demands* that judges make contemporary judgments of political morality, and it therefore encourages an open display of the true grounds of judgment, in the hope that judges will construct franker arguments of principle that allow the public to join in the argument.” DWORKIN, 1996. p. 37.

<sup>168</sup>“o eu tem duas qualidades: é injusto em si, fazendo-se centro de tudo; é incômodo aos outros, querendo sujeitá-los: pois cada eu é o inimigo e desejaria ser o tirano de todos os outros” (PASCAL, 2002, p. 297)

normativas da constituição, com todas as contradições que lá estão refletidas e lhe são próprias nas sociedades complexas. A decisão jurídica deve, neste sentido, refletir o conteúdo normativo dos textos, algo que é bem diverso da limitada identificação e redução do direito à lei. De outra ponta, remarcando o grau de complexidade da tarefa interpretativa e sem importar em contradição com o que aqui se defende, é prudente lembrar que a norma jurídica não se esgota no texto legal, como já alertava MULLER (2013. p. 114), o que não quer dizer que a norma tenha vida sem a referibilidade a um texto, o qual é o dado de entrada do processo de concretização normativa que não pode, de forma alguma, ser olvidado, sob pena de rompermos com os ideais democráticos. Não há como encetar o processo interpretativo sem o dado legal de entrada, o qual, por certo, não esgota as possibilidades normativas em suas letras mas, ao mesmo tempo, apresenta as travas para os subjetivismos e voluntarismos que podem acometer o intérprete<sup>169</sup>.

De tudo o até aqui expendido, é válido asseverar que a virtude da integridade não se encontra fora do direito e da legalidade constitucional, mas é parte necessária de um sistema que se pretende realmente democrático e isonômico, sendo uma das faces do Estado de Direito Democrático. No decorrer do presente capítulo a integridade será tratada como um valor independente que possui íntima conexão com o valor justiça. Outro tema que será abordado é a sua correlação com a noção de coerência, pontuando o equívoco presente em algumas aproximações que muitas vezes reduzem a integridade à dimensão meramente formal da coerência. As principais posições teóricas antagônicas ao integracionismo - o convencionalismo e o pragmatismo - serão apresentadas em suas linhas gerais, de forma a reforçar o contraste teórico entre as visões deontológicas e teleológicas do direito. Finalmente, a figura do Hércules dworkiniano será separada das visões caricatas que tentam reduzir a sua importância e sua força de convencimento teórico pela estratégia da redução ao absurdo de uma simples, porém poderosa, metáfora.

---

<sup>169</sup> Quer isto dizer que o intérprete não pode transformar proibições em permissões ou o contrário por simples truques retóricos. Em democracia, as leis somente podem ser descumpridas por invalidez jurídica, mormente a inconstitucionalidade, jamais por não refletirem a melhor solução ou outra razão de ordem pragmática que possa ser aventada.

#### IV.a – Independência valorativa da integridade

“If we accept integrity as a distinct political virtue beside justice and fairness, then we have a general, nonstrategic argument for recognizing such rights. (...) The integrity of a community’s conception of justice demands that the moral principles necessary to justify the substance of its legislature’s decisions be recognized in the rest of the law.” (DWORKIN, 1986. p. 166)

Em uma concepção política liberal, DWORKIN tem como certo que o Estado deve ter uma estrutura imparcial, distribuindo de forma justa os recursos e cumprindo e fazendo cumprir as regras da sociedade, algo que terminou por resumir em três virtudes políticas - equidade, justiça e devido processo legal. Tal distinção parece um tanto quanto artificial para os versados no direito romano-germânico, sobretudo quanto ao destaque conferido ao devido processo legal, mais apropriado ao sistema da *common law*. É bem de ver que dentre os traços fundamentais da ideia de Estado de Direito no direito continental europeu está justamente o dever de o Estado cumprir e fazer cumprir suas normas, ou seja, o direito obriga, especialmente, o próprio ente político que emitiu o comando normativo. Desta forma, o que se vê com relevo no “devido processo legal” como virtude política é algo que pode ser entendido como incorporado, de certo modo, ao Estado de Direito continental.

Ao lado das três virtudes políticas - equidade, justiça e devido processo legal - surge uma outra virtude independente e fundamental para os Estados de Direito Democráticos, chamada por DWORKIN de *integridade*, a qual funciona no âmbito legislativo indicando aos legisladores, quando da elaboração de leis, que o direito deve ser considerado como um conjunto harmônico, do ponto de vista da moralidade política, e no âmbito jurisdicional, convocando os julgadores, quando das soluções jurídico-processuais, a compreenderem que o direito deve preservar a coerência desta mesma moralidade<sup>170</sup>. A integridade funciona, portanto, como um elemento aglutinador de

---

<sup>170</sup> “We have two principles of political integrity: a legislative principle, which asks lawmakers to try to make the total set of laws morally coherent, and an adjudicative principle, which instructs that the law be seen as coherent in that way, so far as possible.” DWORKIN, 1986. p. 176.

sentido, conferindo harmonia e coerência no trato com o fenômeno jurídico, dando forma à chamada comunidade de princípios, permeada pela ideia de igual tratamento a todos e considerando os direitos das pessoas em conformidade com a *rights thesis*. Com tal afirmação reitera-se a defesa de uma visão de conjunto da obra de DWORKIN, havendo uma linha fundacionista e liberal do ponto de vista moral que perpassa todos os seus escritos e acaba por sustentar a ideia de integridade.

É de se registrar que a integridade dworkiniana não é uma virtude metafísica e muito menos um dado bruto encontrado na natureza, mas algo a ser construído em concreto com os esforços da comunidade em proveito da ideia de harmonia e coerência principiológica, vista do ponto dos direitos. Não é metafísica por ser justamente uma virtude dependente do comportamento da sociedade diante dos desafios de moralidade política, não havendo um modelo prévio e ideal de comportamento a ser observado. Também não é um dado natural ou bruto encontrado nas comunidades políticas, pois admite um ideal a ser perseguido em tributo com o passado e o futuro. É vista, portanto, como sendo uma virtude que se constrói na prática jurídico-política tendo como objetivo a realização da igual consideração pelo direito de todos em uma determinada comunidade, respeitando a liberdade de determinação de cada um.

A integridade também não funciona como um expediente *deus ex machina*, ou seja, não é uma solução artificial e abrupta para os problemas de sua teoria liberal dos direitos. Em primeiro lugar, o pensamento fundacionista e liberal de DWORKIN não necessita de tal artifício, uma vez que se encontra razoavelmente ancorado nas razões preconizadas em suas obras, todas controvertidas, é verdade, mas com inegável ressonância no debate jurídico<sup>171</sup>. A ligação entre a tese dos direitos e a caracterização dos argumentos deontológicos de princípio (não meramente teleológicos ou pragmáticos), bem como a exigência de igual tratamento, fornecem o arcabouço suficiente para a inserção da integridade como uma explicação adequada ao trabalho

---

<sup>171</sup> Neste sentido, CHRISTIE (1987. p. 157) é categórico: “Ronald Dworkin has been the phenomenon of our age. He has dominated jurisprudential discussion over the past twenty years even more completely than John Rawls has dominated discussion of ethics since the publication of *A Theory of Justice* in 1971. It has often seemed that, if an author was not prepared to focus primarily on Dworkin’s work, he was not doing jurisprudence. Whether this domination of a field by one person is a healthy phenomenon is another question.”



teórico que foi desenvolvido. Em segundo lugar, a integridade não é artificial, ao contrário, apresenta-se como a melhor explicação para a postura que se exige dos agentes públicos envolvidos com a elaboração e aplicação do direito. Como se percebe, não é a única explicação, mas aquela que se entende apresentar os melhores argumentos, desde que se parta da ideia de uma comunidade liberal que pretende tratar todos de forma igual.

Outra objeção usualmente apresentada à integridade é a inexistência de novidade na referida virtude política, uma vez que algo semelhante seria cumprido no sistema romano-germânico pela dogmática<sup>172</sup> ou pela ideia de sistema. Aqui há uma incompreensão, propositada ou não, da dimensão do pensamento dworkiniano. Novamente, não se deve ver a integridade de forma isolada, mas como parte da interpretação jurídica apresentada por DWORKIN que pretende ser a melhor explicação para o fenômeno do direito. Desta forma, é necessário tomar a integridade em conjunto com a repisada teoria dos direitos e a análise deontológica dos princípios, dentro de um Estado que pretende tratar a todos de forma igual, respeitando a dignidade e autodeterminação de cada cidadão. A dogmática funciona como uma explicação meramente formal do fenômeno jurídico, algo como o ponto de vista do observador externo, sendo impossível a redução da integridade a tal papel, dado que a explicação dwokiniana é substancial e importa no ponto de vista interno do participante da prática política-jurídica em discussão. Quanto ao papel do conceito de sistema jurídico, tendo como parâmetro a ótica de CANARIS (2012. p. 280), centrada na “adequação valorativa e unidade interior da ordem jurídica”, ainda há uma distância epistemológica entre os modelos, sendo que o sistema do lente de Munique apresenta uma versão do positivismo, admitindo a indeterminação da resposta jurisdicional em certos casos, o que, em outras palavras, termina por possibilitar a discricionariedade judicial. Tal assertiva é confirmada pela adoção de um “princípio da aptidão para a derivação teleológica” que permite a solução das questões que estariam em lacunas do sistema pela busca a partir de considerações teleológicas e não deontológicas (p. 284). De todo o exposto, vê-se que a tentativa de apresentar a integridade e a teoria em que se

---

<sup>172</sup> “No entanto, para qualquer tradição em que o pensamento dogmático tenha se estabelecido (não é o caso do direito norte-americano), a teoria do “direito como integridade” soa como um lugar comum. (...) em linhas gerais, a caracterização do que seja a dogmática jurídica para a tradição continental coincide, em grande parte, com a descrição do modelo de racionalidade judicial dworkiniano do “direito como integridade”. (RODRIGUEZ, 2013. p. 220)

encontra inserida como uma versão do que já existe em termos de doutrina positivista é fazer pouco das suas principais características ressaltadas neste trabalho.

A integridade tem como pressuposto o artifício da personificação da comunidade, o que não é uma novidade no pensamento jurídico, o qual está presente nas ideias de “vontade do povo”, “espírito do povo” e tantos outros deste jaez. Ocorre que, aqui, a comunidade personificada passa a ter um dever de manter as suas promessas, respeitando o seu comportamento passado sem descurar dos desafios futuros. Este novo personagem não é algo imaterial ou metafísico, conforme descreve DWORKIN (1986. p. 168), e muito menos uma pessoa real<sup>173</sup>. Entre estes dois extremos de caracterização, aqui a coletividade como um todo passa a ser responsável pelo igual tratamento de seus membros e, o que é de suma importância, os oficiais da coletividade atuam em prol desta responsabilidade. A coletividade, ou o povo, como querem as constituições contemporâneas (artigo 3º, 1 da CRP e artigo 1º, pú da CRFB/88), é detentora dos poderes constituintes de soberania e, ao mesmo tempo, vinculada e limitada pelas promessas apresentadas nos textos constitucionais. Tem-se aqui uma nova modulação da teoria do direito como integridade frente ao modelo dworkiniano, em benefício da estrutura do direito romano-germânico e da ideia de Estado de direito democrático que se construiu nestas culturas jurídicas, prestigiando o texto constitucional frente às outras manifestações jurígenas - legislação ordinária, doutrina e jurisprudência - como não poderia deixar de ser em nosso ambiente.

Na pesquisa da independência valorativa da integridade, DWORKIN (1986. p. 188) chegou a afirmar que esta se encontraria nas cercanias do valor revolucionário francês da fraternidade<sup>174</sup>, hoje inscrito na Declaração dos Direitos Humanos (artigo

---

<sup>173</sup> “(...) I must be clearer what kind of personification this is. I do not intend now to resurrect the metaphysical theory I said in Chapter 2 that we do not need. I do not suppose that the ultimate mental component of the universe is some spooky, all-embracing mind that is more real than flesh-and-blood people, nor that we should treat the state or community as a real person with a distinct interest or point of view or even welfare of its own, nor that we can ask the range of questions about a state’s principles - for example whether it accepted them freely or was misled or misunderstands them - that we can ask about aspects of a real person’s moral life.” (DWORKIN, 1986. p. 168)

<sup>174</sup> “Here is one suggestion, though not the only possibility. French revolutionary rhetoric recognized a political ideal we have yet considered. We should look for our defense of integrity in the neighborhood of fraternity or, to use its more fashionable name, community.” (DWORKIN, 1986. p. 188)

1<sup>o</sup>)<sup>175</sup>. Considerar cada humano como irmão é um ideal a ser perseguido em prol da continuação da jornada de nossa espécie, evitando a aniquilação mútua, e que dá o tom de como a igualdade entre os membros da comunidade é importante para a interpretação do direito como integridade. Desta forma, ao pesquisar a integridade como o desenvolvimento de uma das vertentes da fraternidade, DWORKIN reforça a visão de que o Estado, comunidade jurídica e politicamente organizada, deve demonstrar para cada um de seus cidadãos igual consideração e respeito, o que vai se refletir desde a proibição de tratamentos positivos discriminatórios entre iguais até na vedação de interferências nas esferas de autodeterminação da vida de cada participante, fornecendo as bases para a defesa do liberalismo abrangente<sup>176</sup> ou igualitário<sup>177</sup>.

De outra ponta, vislumbramos que a integridade pode estar vinculada a outra virtude clássica - a fidelidade. A personificação da comunidade, pensada por DWORKIN como um artifício argumentativo para fundamentar a integridade, também autoriza uma aproximação com a fidelidade, uma vez que os compromissos e as promessas realizadas pela comunidade, especialmente registradas na sua constituição, somente podem ser incorporados e vividos pelos membros da comunidade se e quando presentes na memória de cada um como algo que mereça ser revivido. A fidelidade surge, então, como uma virtude que valoriza a memória<sup>178</sup> do que é importante para a comunidade, sendo que o que é recordado passa a incorporar o seu patrimônio

---

<sup>175</sup> “Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

<sup>176</sup> “denominamos liberalismo abrangente para evidenciar seu propósito de ser uma versão contínua entre a ética, o que devemos fazer para alcançar nosso plano de vida, e a moralidade, que é como devemos tratar os outros, em contraposição ao liberalismo político de John Rawls.” FURQUIM, 2010. p. 11

<sup>177</sup> Em oposição ao liberalismo baseado na neutralidade, o qual seria uma derivação do ceticismo moral, DWORKIN defende, contrariando o senso comum político que tem como pares antagônicos a liberdade e a igualdade, uma versão peculiar de liberalismo fincada na igualdade. “Though liberalism is often discussed as a single political theory, there are in fact two basic forms of liberalism and the distinction between them is of great importance. Both argue against the legal enforcement of private morality - both argue against the Moral Majority’s view of homosexuality and abortion, for example - and both argue for greater sexual, political, and economic equality. But they disagree about which of these two traditional liberal values is fundamental and which derivative. Liberalism based on neutrality takes as fundamental the idea that government must not take sides on moral issues, and it supports only such egalitarian measures as can be shown to be the result of that principle. Liberalismo based on equality takes as fundamental that government treat its citizens as equals, and insists on moral neutrality only to the degree that equality requires it.” (DWORKIN, 2000. p. 205)

<sup>178</sup> “A fidelidade é virtude de memória, e a própria memória como virtude.” (COMTE-SPONVILLE, 2009. p. 26)

cultural<sup>179</sup>, construindo a sua identidade<sup>180</sup>. O fio da história de uma comunidade não pode ser rompido e emendado sem um imenso prejuízo para a identidade coletiva, sendo que alterações abruptas importam, como foi acontecer com as revoluções, no surgimento de uma nova coletividade com uma nova identidade que agora passará a lutar por sua preservação.

Note-se que os acertos e os equívocos da comunidade devem ser guardados na memória cultural, permitindo a repetição dos caminhos corretos e a identificação dos incorretos, o que nos leva a afirmar que a fidelidade não importa em uma obediência cega ao que se passou, mas sim a um constante juízo crítico sob o que foi feito e o que se deve fazer, adotando as correções de rumo necessárias. Desta forma, se uma coletividade compactuou com leis injustas em seu passado como, por exemplo, as que cuidavam da escravidão, ou clamou nas ruas por regimes autoritários, tais máculas não vinculam o presente ou o futuro, servindo mesmo como um alerta sobre os caminhos que não devem ser tomados<sup>181</sup>. Como se percebe, o exercício do juízo crítico de moralidade política é uma exigência contínua, sendo de se rejeitar as respostas fáceis e prontas neste ponto. Não há espaço para dogmatismo<sup>182</sup>, lugares comuns ou zonas de conforto quando se trata da constante definição da identidade de uma comunidade e, ainda mais, na identificação das razões que nos levam a ser fieis a esta coletividade.

A imagem dworkiniana da *chain novel*<sup>183</sup>, em que cada escritor é chamado a continuar uma história já em curso, é perfeitamente compatível com a virtude da

---

<sup>179</sup> “A cultura de um povo é a forma de organização e manutenção das suas memórias. A lealdade é uma experiência no presente que revive a promessa de um passado que é sempre presença nesse presente. (...) O projeto civilizatório só se torna possível por uma fidelidade que protege, preserva e cuida das suas alianças.” (CAMPOS, 2010. p. 121)

<sup>180</sup> “Fidelidade, respeito à memória, é condição da identidade. Afinal de contas, se tivermos por hábito negar a cada instante o imediatamente vivido, aceitando como completamente inédito a cada mitose e a cada meiose, evidentemente, estaremos destruindo toda possibilidade de continuidade entre o que já vivemos e o que estamos vivendo. (...) Por isso, o respeito às decisões, aos discursos e também às condutas do passado é condição de uma crença compartilhada na existência de um “eu” que perdura. Condição de identidade, portanto.” (BARROS FILHO, 2015. p. 264)

<sup>181</sup> “Que seria a justiça sem a fidelidade dos justos? A paz, sem a fidelidade dos pacíficos? A liberdade, sem a fidelidade dos espíritos livres? E que valeria a própria verdade sem a fidelidade dos verídicos?” (COMTE-SPONVILLE, 2009. p. 25)

<sup>182</sup> “Não se trata, repitamos, de ser fiel a qualquer coisa; já não seria fidelidade, e sim passadismo, obstinação bitolada, teima, rotina, fanatismo...” (COMTE-SPONVILLE, 2009. p. 26)

<sup>183</sup> “Suppose that a group of novelists is engaged for a particular project and that they draw lots to determine the order of play. The lowest number writes the opening chapter of a novel, which he or she then sends to the next number who adds a chapter, with the understanding that he is adding a chapter to

fidelidade, uma vez que os autores subsequentes devem ser fieis ao que se passou, o que não afasta a possibilidade criativa dentro dos limites da obra já elaborada. Desta forma, os agentes políticos da comunidade devem respeitar a identidade já construída, por uma questão de fidelidade, sem que, com isso, as mudanças em prol de uma sociedade igualitária sejam impedidas pelo que se fez no passado. As construções e inovações político-jurídicas tendentes ao fortalecimento e ampliação do igual respeito e igual tratamento de todos não são apenas permitidas, mas incentivadas, uma vez que dão continuidade ao “romance” documentado nas constituições, verdadeiros registros de identidade das nações contemporâneas. Em países de raiz romana-germânica a fidelidade exige, portanto, o respeito contínuo às promessas constitucionais, especialmente as mais graves e importantes, aquelas que dizem respeito aos direitos fundamentais de cada membro da coletividade, uma vez que tais direitos funcionam justamente como meios de contenção da força e de indicação do caminho igualitário a ser perseguido pela comunidade.

A virtude da memória exige, na sua prática, uma coerência entre as condutas da comunidade e de seus membros, bem como uma coerência entre o que se fez e o que será feito nesta sociedade. Observe-se que do ponto de vista individual a fidelidade não é estranha às relações jurídicas, tendo em vista as exigências de lealdade e boa-fé<sup>184</sup>, por exemplo, com as vedações ao *tu quoque* e ao *venire contra factum proprium*. Sua ampliação para o âmbito coletivo reforça os laços traçados pela fraternidade, uma vez que não somente somos considerados como irmãos e iguais, mas como pertencentes a uma mesma história, devendo guardar uma relação de lealdade para com os valores comunitários fundantes. Este sentimento de pertencimento, de inserção em um projeto de vida em comum, faz com que a identidade do grupo seja

---

that novel rather than beginning a new one, and then sends the two chapters to the next number, and so on. Now every novelist but the first has the dual responsibilities of interpreting and creating, because each must read all that has gone before in order to establish, in the interpretivist sense, what the novel so far created is.” (DWORKIN, 1982. p. 541)

<sup>184</sup> Dos vários dispositivos legais que cuidam da lealdade e da confiança, sob a roupagem da boa fé, os mais emblemáticos são os que dizem respeito às obrigações como o artigo 762º, 2 do Código Civil português e o artigo 422 do Código Civil brasileiro: “Artigo 762º, 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.”; “Artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”. No âmbito doutrinário, é de se consultar as lições de CORDEIRO (2001. p. 1250) “Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carregam as razões sistemáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja projecção transcende o campo civil.”.

melhor definida. A identidade própria da sociedade não exige, nem poderia exigir, a pasteurização dos interesses de seus integrantes, dada a pluralidade da contemporaneidade. Estes interesses passam a gozar de igual estatura e valência, uma vez que todos fazem parte do conjunto e todos devem receber a mesma atenção por parte do poder público institucionalizado.

Em um ambiente que exige fidelidade ao projeto comunitário, não há espaço para um “grau zero” para os membros da comunidade “inventarem” *ex nihilo* soluções e respostas para as questões controvertidas de moralidade política, o que nos coloca de frente para outra metáfora dworkiniana - a resposta certa. Conforme já foi tratado no capítulo antecedente, a defesa da resposta certa não importa na afirmação de um naturalismo jurídico ou mesmo no regresso à vetusta escola da exegese. As respostas não estão prontas e disponíveis no mundo duro dos fatos como um dado a ser colhido e processado, da mesma forma que não estão em uma ordem metafísica, alcançável apenas pelo pensamento. Como se viu, as respostas são construídas no caminho interpretativo, o qual fica mais claro com a exigência de fidelidade à memória comunitária e, por fim, de integridade. O processo de construção interpretativa se assemelha ao que foi descrito na metáfora da novela em cadeia, sendo que os magistrados de hoje devem considerar o que foi encadeado ou tecido anteriormente como ponto de partida para as soluções a serem desenvolvidas, tendo como certa a submissão de qualquer resposta ao projeto constitucional e à legalidade, o que faz com que os parâmetros subjetivos sejam afastados do cenário jurídico, assim como qualquer postura de repetição acrítica das tradições, visto que todas as práticas político-jurídicas devem ser interpretadas sob o ponto de vista da constituição, esta não mais apenas o ápice do ordenamento jurídico como se colhe na doutrina positivista, mas agora considerada como o repositório do modelo de comunidade política que se deseja. A fidelidade, desta forma, não importa em uma postura aferrada às práticas passadas ou mesmo uma cristalização das soluções adotadas. O juízo crítico da adequação do que se passou, com o que almeja a comunidade, do ponto de vista de uma constituição vivente e não um texto meramente histórico e permanentemente vinculativo como desejam os

originalistas<sup>185</sup>, impede que a integridade seja adjetivada como uma interpretação conservadora<sup>186</sup>.

Como figura de linguagem, a resposta certa diz, ao mesmo tempo, mais e menos do que parece. O excesso de sentido aponta para o dever que permeará todo o trabalho interpretativo e que trará a exigência de uma postura investigativa e, ao mesmo tempo, respeitosa para com o passado aliado ao enorme peso político de continuar a caminhada para a realização do projeto comunitário sacramentado na constituição. Já a carência de sentido da metáfora está justamente onde normalmente se apontam suas falhas, ou seja, na produção, em concreto, da resposta certa. Como bem pontuou DWORKIN não há um algoritmo jurídico<sup>187</sup> que responda de forma inequívoca as questões, sobretudo aquelas com maior grau de controvérsia político-jurídica. Não se exige que a resposta correta surja como uma verdade revelada, mas sim que o intérprete tenha como necessária a sua busca, em respeito à integridade do direito, sendo fiel ao projeto constituinte. Novamente se rejeita as achegas ao decisionismo provocadas pelo uso desmedido e banalizado dos “princípios” da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>188</sup>, uma vez que a lente pela qual se deve analisar o fenômeno jurídico é a da constituição, já extremamente ampla e plena de matizes político-sociais, não havendo espaço para uma substituição por um frouxo controle de razoabilidade ou proporcionalidade, sempre ao alvedrio do intérprete.

---

<sup>185</sup> “Originalism insists that it means what they expected their language to *do*, which as I said is a very different matter. (...) According to originalism, the great clauses of the Bill of Rights should be interpreted not as laying down the abstract moral principles they actually describe, but instead as referring, in a kind of code or disguise, to the framers’ own assumptions and expectations about the correct application of those principles. So the equal protection clause is to be understood as commanding not equal status but what the framers themselves thought was equal status, in spite of the fact that, as I said, the framers clearly meant to lay down the former standard not the latter one.” (DWORKIN, 1996. p. 13) v. tb. DWORKIN, 1997a. p. 1250, DWORKIN, 1997b. p. 1808.

<sup>186</sup> Há quem aponte uma mudança de posição mais profunda de DWORKIN após a edição de *Law’s Empire*, como GOLDSWORTHY (2000. p. 50), para quem os traços originalistas, que estariam presentes desde os escritos iniciais, acentuaram-se após a obra de 1986. Assim como o próprio DWORKIN (1996), não compartilhamos de tal análise, sendo um equívoco procurar, quicá encontrar, traços originalistas em sua obra, salvo se houver drástica alteração do conceito de originalismo.

<sup>187</sup> “I have not devised an algorithm for the courtroom. No electronic magician could design from my arguments a computer program that would supply a verdict everyone accept once the facts of the case and the text of all past statutes and judicial decisions were put at the computer’s disposal.” (DWORKIN, 1986. p. 412)

<sup>188</sup> O ex-ministro GRAU do Supremo Tribunal Federal trata desta “banalização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, apontando com acidez para a degradação da segurança jurídica com tais expedientes: “Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de “princípios” e praticam - fazem-no cotidianamente! - os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis.” (2014. p. 22)

Destarte, aqui se defende que a virtude da fidelidade, do respeito à memória, por ser a condição de surgimento de uma cultura político-jurídica, é uma aliada da virtude da integridade dworkiniana, assim como a já mencionada fraternidade, com o crédito adicional de corresponder, em grande medida, ao tipo de labor filosófico que sustenta as maiores conquistas humanitárias, afinal “a filosofia medita e se lembra. Aliás, o que é a filosofia, senão uma fidelidade extrema ao pensamento?” (COMTE-SPONVILLE, 2009. p. 31). Neste exercício de uso e reuso da memória, a comunidade ganha em coesão e coerência em defesa da constituição e de suas promessas, dando passos decisivos para sua caracterização como uma associação de princípios<sup>189</sup> e não um conjunto de pessoas reunidas meramente em torno de razões políticas teleológicas e momentâneas. Ao considerarmos a integridade como um valor a ser preservado na vida em comum, podemos apresentar uma explicação mais convincente e juridicamente válida para as nossas relações jurídicas com os membros da comunidade e com o próprio conjunto. Deixando de lado as associações de simples conveniência, a associação de princípios permite tratar os interesses de cada um de forma igual, respeitando-os, sem preferências ou interferências indevidas na autodeterminação individual, pois tais interesses são considerados como direitos que são.

#### IV.a.i – Integridade e justiça

“The integrity of a community’s conception of justice demands that the moral principles necessary to justify the substance of its legislature’s decisions be recognized in the rest of the law.” (DWORKIN, 1986. p. 166)

A argumentação até aqui expendida aponta para uma íntima conexão entre as virtudes fundamentais de sociedades liberais como a equidade e a justiça com a integridade, sendo que esta última potencializa a explicação de como o direito funciona e

---

<sup>189</sup> “We should accept integrity as a virtue of ordinary politics because we should try to conceive our political community as an association of principle; we should aim at this because, among other reasons, that conception of community offers an attractive basis for claims of political legitimacy in a community of free and independent people who disagree about political morality and wisdom.” (DWORKIN, 1986. p. 411)



deveria ser visto pelos membros da comunidade, especialmente aqueles com a atribuição de solucionar as demandas jurídicas. O direito visto em sua melhor forma corresponderia a um todo harmônico entre as virtudes liberais que estariam presentes, tanto quanto possível, em cada manifestação isolada do fenômeno jurídico, visto a partir de sua unidade de propósito. Neste contexto, o objeto do presente tópico será a relação entre a justiça e a integridade, o que nos levará a especificar de que tipo de justiça se fala, qual o seu papel dentro do direito como integridade e, em especial, o tratamento que o direito como integridade confere às leis injustas, tema que é objeto de intensa discussão e é apontado como uma fraqueza do direito como integridade por alguns críticos, especialmente os positivistas.

A partir da revisão das obras de DWORKIN, em conjunto com anotações de ordem geral sobre o tema justiça na filosofia, dada a sua imensidão e infinidade de controvérsias, impossíveis de serem cobertas pela presente investigação, as ideias centrais do trabalho serão testadas com a possibilidade de se identificar a existência de uma relação de conflito ou de complementariedade entre as virtudes da justiça e da integridade. Desta forma, o recorte do tema justiça será focalizado na vertente que melhor se adeque às sociedades liberais, com destaque para a concepção específica do liberalismo dworkiniano em que a igualdade está em relação harmônica com a liberdade, tomando como objetivo o desenvolvimento de uma sociedade que permite o livre desenvolvimento dos seus membros em um ambiente de isonomia de oportunidades.

Novamente, quando se trata de uma virtude fundamental como a justiça, não a consideramos um valor metafísico, mas um valor que será tanto mais atingido quanto maior igualdade puder produzir na prática. Desta forma, a justiça encontra-se, na linha de argumentação aqui esposada, em sintonia com a igualdade, sendo que estas serão vistas sempre na prática<sup>190</sup>. Não há como se medir a justiça de uma atitude sem se considerar os efeitos práticos que serão experimentados, ou seja, a questão é substancial e prática e não meramente formal e abstrata. Como um conceito interpretativo, a ideia

---

<sup>190</sup> A análise integrada das virtudes e a sua prática são imprescindíveis. Veja-se que a igualdade, por si, também não basta para qualificar um ordenamento jurídico como justo, como nos ensina a história bíblica do Rei Salomão (1 Reis, 3). Ao aplicar a igualdade de forma cega, o resultado do julgamento da reclamação das duas mães quanto à criança seria terrível. Felizmente, especialmente para a criança, a igualdade serviu apenas como meio para desvelar a verdade no caso.

de justiça depende dos pressupostos políticos que compartilhamos, sendo que aqui se reforça a afirmação de que a justiça somente se atinge a partir do respeito à constituição, não havendo como ser justo e inconstitucional ao mesmo tempo. A constituição atua como filtro para as nossas pretensões de justiça, uma vez que representa, como já referido, o projeto de comunidade política de princípios e não um simples ajuntamento de palavras gravadas com a força de lei suprema.

Com tal caracterização interpretativa, a construção da ideia de justiça prescinde de artifícios como a situação ideal ou posição original<sup>191</sup>, bem como não depende de análises jusnaturalistas ou metafísicas, estando ao nosso alcance distinguir uma ação justa de outra injusta. Seguimos, portanto, o alerta de COMTE-SPONVILLE no sentido de que “não há justiça no estado natural, nem justiça natural. Toda justiça é humana, toda justiça é histórica: não há justiça (no sentido jurídico do termo) sem leis, nem (no sentido moral) sem cultura - não há justiça sem sociedade.” (2009. p. 84). Por ser humana, a sua construção não pode olvidar o fato de que a legalidade constitucional é o meio pelo qual se chega à justiça, uma vez que possibilita a adoção de soluções isonômicas, neutralizando os arroubos personalistas, uma vez que controla o já mencionado “eu” assujeitador e tirano de PASCAL (2002. p. 297).

Desta forma, a pergunta sobre o que é justo não importa em uma análise pessoal do intérprete, o que faria com que a resposta variasse de um extremo a outro sobre o mesmo tema, impedindo qualquer tipo de consenso, mas sim uma investigação sobre o que se tem como justo para a comunidade. Tal proceder é exatamente aquele que se espera em uma comunidade de princípios, trazendo de volta a já defendida *right thesis* (DWORKIN, 1974-1975. p. 1060), exigindo que as questões jurídicas, até mesmo aquelas que envolvam direitos ou posições políticas controvertidas (*hard cases*), sejam resolvidas como direitos que são, decorrentes de princípios com estatura deontológica e não de políticas. O intérprete deve sempre ter como norte a necessidade de se garantir isonomia e igual proteção a todos (*equal protection of the laws*). Assim, a legalidade constitucional, por exigir a impessoalidade, faz com que ninguém possa se situar acima

---

<sup>191</sup> “A posição original é definida como um *status quo* no qual qualquer consenso atingido é justo. É um estado de coisas no qual as partes são igualmente representadas como pessoas dignas, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio relativo das forças sociais. Assim, a justiça como equidade é capaz de usar a ideia de justiça procedimental pura desde o início.” RAWLS, 2000. p. 129. v. tb. RAWLS, 2001. pp. 80-84.

das leis, rejeitando o egoísmo e dispensando o altruísmo, apenas bastando a “pura equivalência dos direitos atestada ou manifestada pela intercambialidade dos indivíduos” (COMTE-SPONVILLE, 2009. p. 82).

O justo contemporâneo exige a imparcialidade da comunidade, evitando as apreciações subjetivas e parciais. A imparcialidade, a ausência de afetos individuais perturbadores do juízo crítico, é uma garantia de que a justiça será buscada na prática, consistindo no mecanismo pelo qual se busca neutralizar as paixões que sempre estarão presentes em nossa vida. Não se trata de defender a neutralidade política do intérprete frente aos dilemas sociais, o que faria com que o julgador fosse alçado a uma condição incompatível com sua falibilidade, mas sim a adoção de mecanismos que importem no controle desta individualidade em prol da comunidade, o que somente é atingido quando o intérprete-julgador não se vê como parte do que lhe é submetido, atuando apenas como um agente da comunidade em nome das leis desta.

Esta justiça, delineada como uma virtude construída no seio da sociedade liberal constitucional ao redor da igualdade, é perfeitamente alinhada com a ideia de integridade, uma vez que a mesma linha que nos liga ao projeto de comunidade de princípios tece as tramas da justa igualdade. O direito íntegro, visto como uma obra em harmonia ou em busca de ser harmonizada, permite que as soluções judiciais sejam consideradas como partes da mesma narrativa que conta a história desta comunidade. A igualdade de tratamento que fundamenta a justiça só se torna real por meio da legalidade constitucional, a qual fornece as bases para a justiça possível dentre os humanos. A sociedade de princípios que decorre da interpretação tirada com base no direito como integridade é uma ordem que se pretende justa, sobretudo por ter como certa a igual importância de cada um, não intervindo nas esferas de escolhas pessoais e permitindo que estas escolhas sejam realmente livres de condicionantes materiais, intercedendo apenas para equilibrar o jogo quando necessário, como ocorre com algumas ações afirmativas<sup>192</sup>.

---

<sup>192</sup> A questão da justiça das ações afirmativas é detalhada por DWORKIN na parte II de *Sovereign Virtue - The Theory and Practice of Equality*, 2002. pp. 386-426. Já em *Justice for Hedgehogs* (2011, p. 360) colhe-se a melhor explicação para a igualdade *ex post* que aqui se defende: “we need to place people in the position they would have occupied if they had been, at a point before the decisions and events that shaped their lives began, equally able to protect themselves against these different dimensions of bad luck through appropriate insurance.”. A intervenção do Estado não deve ser no sentido de impedir a

Um tema especialmente caro à filosofia do direito quando se trata da virtude da justiça reside nas chamadas leis injustas, com especial destaque para as leis produzidas em regimes radicalmente injustos como o nazismo e o *apartheid* sul-africano. Uma das soluções mais difundidas, inclusive tendo sido utilizada no pós Segunda Guerra Mundial e no período superveniente à unificação alemã (ALEXY, 2001. p. 75), é a conhecida “fórmula de Radbruch”<sup>193</sup> apresentada em 1946 no opúsculo *Arbitrariedade legal e direito supralegal*<sup>194</sup> e recentemente revisitada por ALEXY (*op. cit.*). Para ao largo do senso comum quanto à rejeição pelo direito natural da qualidade jurídica das leis injustas<sup>195</sup>, a fórmula de Radbruch cuida das leis ditas insuportavelmente injustas, aplicando-se em casos extremos, como os já referidos. A partir da formulação radbruchiana podemos perceber a distinção entre direito e moral em dois sistemas distintos e relativamente independentes de avaliação de condutas, tanto que há leis injustas, do ponto de vista moral, que são consideradas como direito. Quando lança mão da distinção entre leis injustas e leis insuportavelmente injustas, o jurista alemão aponta para uma conexão entre o direito e a moral, o que ALEXY posteriormente nomeou como a pretensão de correção do direito, ou seja, um mínimo moral que é exigido pelo direito, sendo que uma vez rompida esta conexão a lei deixaria de ser direito.

Do ponto de vista do direito como integridade, adotando a postura de que o direito é um ramo da moralidade política, a questão das leis injustas do nazismo e do *apartheid* sul-africano pode ser resolvida adotando um caminho um pouco diverso. Tais

---

responsabilidade pelas escolhas ruins das pessoas, o que terminaria por infantilizar a sociedade, mas sim em prol de que eventos externos e incontroláveis (*bad luck*) não sejam determinantes nas escolhas de vida das pessoas.

<sup>193</sup> “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia.” (RADBRUCH, 1962. p. 37)

<sup>194</sup> Para a elaboração do presente comentário foi utilizada a tradução argentina editada por Abeledo-Perrot em 1962.

<sup>195</sup> Diz-se senso comum pois, com razão, a teoria jusnaturalista mais refinada não cuida de tal tema com tamanha simplicidade, conforme pontua FINNIS “uma teoria da lei natural não precisa ter como sua principal preocupação, quer teórica quer pedagógica, a afirmação de que “leis injustas não são leis”. De fato, não sei de qualquer teoria da lei natural na qual essa afirmação, ou algo parecido, seja mais do que um teorema subordinado.” (2007. p. 337)

leis são a antítese do modelo desenhado pelas constituições do pós-guerra<sup>196</sup>, razão pela qual não poderiam ser consideradas direito em sociedades contemporâneas, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de tais atos aberrantes. Veja-se que aqui há uma nova inflexão quanto ao modelo dworkiniano, em prol da sua adequação ao sistema romano-germânico, isto porque o modelo integrado de DWORKIN fundado no juízo de moralidade política rejeita a condição jurídica de tais leis, por ilegítimas e não suportadas por qualquer princípio estruturante<sup>197</sup>, o que se mostra um argumento excessivamente abstrato em se considerando os textos constitucionais de que dispomos, abrindo flanco para que se argumente em prol de uma eventual concessão ao direito natural<sup>198</sup>, o que em nada acresce em significado, apenas fragiliza a defesa da integridade em nossos ordenamentos jurídicos.

A modificação aqui postulada não importa em rejeição da estrutura em árvore pensada por DWORKIN, em que o direito seria um ramo da moralidade política<sup>199</sup>, mas em um respeito à moralidade política consolidada nas constituições das comunidades do pós-guerra, as quais são mais abrangentes e detalhistas que o modelo norte-americano, mais afeto a DWORKIN. A centralidade da legalidade constitucional não é um apelo ao texto por si, sendo antes uma genuflexão necessária ao projeto de comunidade pensado e celebrado nas constituições. Há, nos povos romano-germânicos do pós-guerra, uma interdependência entre o texto constitucional e a sua moralidade política, sendo vazio e despropositado o apelo apenas à segunda em desprestígio do primeiro. O modelo de controle de constitucionalidade implementado no decorrer dos últimos cinquenta anos depende do texto para ser válido e passível de defesa racional.

---

<sup>196</sup>Embora as leis sul-africanas tenham sobrevivido até meados dos anos 1990, demonstrando longevidade desafiadora para um modelo tão desafiador dos projetos constitucionais então dominantes.

<sup>197</sup> “The hideous Nazi edicts did not create even prima facie or arguable rights and duties. The purported Nazi government was fully illegitimate, and no other structuring principles of fairness argued for enforcement of those edicts. It is morally more accurate to deny that these edicts were law.” (DWORKIN, 2011. p. 411)

<sup>198</sup> Conforme se colhe nos comentários de POSTEMA: “However, in the eyes of critics, Dworkin did not put enough distance between law as integrity and traditional natural-law jurisprudence; it is committed, they argued, to the same Augustinian absurdity - *lex iniusta non est lex* - that has plagued natural-law theories from the beginning. Indeed, Dworkin accepts the Augustinian thought (expressed in the interpretative mode), but he rejects the charge of absurdity. (...) However, it is not exactly how he puts his solution, and his language compromises his position.” (2011. pp. 448-449)

<sup>199</sup> “(...) we now treat law as a part of political morality.” (DWORKIN, 2011. p. 405)

#### IV.b – Integridade e coerência.

No presente tópico será abordada uma confusão que pode acometer o leitor, a de que a integridade seria uma forma de coerência entre os atos futuros e os que foram praticados no passado. Em primeiro lugar, é possível afirmar que a coerência, nestes moldes estreitos, já se encontrava nos albores do pensamento sistemático<sup>200</sup>, tratado anteriormente. Se de um lado não se dispensa a coerência entre a decisão a ser tomada e o restante do ordenamento, incluindo os atos legislativos, as lições doutrinárias e as manifestações precedentes dos tribunais, por força da racionalidade que se exige da interpretação jurídica, tal sintonia não basta, por si, para que a decisão seja considerada como fruto da integridade<sup>201</sup>. O intérprete do direito como integridade é fiel e coerente ao passado institucional, no entanto não se encontra acorrentado ao passado quando o juízo crítico constitucional o aconselhar a superar o que foi decidido em favor de uma nova interpretação que permita um melhor desenvolvimento dos direitos dos membros da comunidade.

Com tal premissa em vista, parte-se da distinção dworkiniana entre coerência de estratégia e coerência de princípios<sup>202</sup> para se identificar o que a integridade exige do intérprete. A primeira forma de coerência diz respeito aos efeitos futuros de decisões passadas que podem ou não funcionar da forma como o intérprete

---

<sup>200</sup> O qual deita raízes nas lições de SAVIGNY que, após apresentar os quatro elementos de interpretação - os cânones gramatical, lógico, histórico e sistemático, assevera “téngase presente que no son estas cuatro clases de interpretacion, entre las cuales pueda escojerse segue el gusto ó el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunion es indispensable para interpretar la ley, por más que alguno de estos elementos pueda tener y hacerse más de notar. Por esta razon lo indispensable es no olvidar ninguno de ellos (...)”. (1878. p. 150)

<sup>201</sup> Neste sentido, a distinção apresentada por HABERMAS é elucidativa: “Coerência é uma medida para a validade de uma declaração, a qual é mais fraca que a verdade analítica obtida através da dedução lógica, porém mais forte do que o critério da não-contradição. A coerência entre enunciados é produzida através de argumentos substanciais (no sentido de Toulmin), portanto através de argumentos que revelam a qualidade pragmática de produzir um acordo racionalmente motivado entre participantes da argumentação.” (2003. p. 262)

<sup>202</sup> “But consistency in strategy would not require a judge to probe the past to discover the “best” interpretation of a statute or the Constitution when this is controversial or the “correct” account of a past judicial decision when lawyers disagree how it should be read. For a statute or a past decision poses problems of consistency in strategy only when it has assigned people legal rights that a judge forming a new rule is for some reason powerless to change, rights that would work badly with the new rights he wants to create. (...) Consistency in principle is a different matter. It requires that the various standards governing state’s use of coercion against its citizens be consistent in the sense that they express a single and comprehensive vision of justice.” (DWORKIN, 1986. pp. 133-134)

deseja, melhor dizendo, busca-se uma resposta independente de seu conteúdo, desde que possível e adequada ao problema atual. Assim, o intérprete parte da solução que já possui ou acredita possuir, para depois justificá-la frente ao ordenamento - primeiro decide, depois fundamenta<sup>203</sup>. Já na segunda forma de coerência há a busca dos princípios que fundamentam a decisão prolatada no passado, vinculando, com os limites aqui reforçados, as decisões futuras não em razão do seu resultado, mas em função de seus fundamentos, os quais incorporam princípios jurídicos. Aqui o intérprete descobre e constrói a solução a partir de uma visão de conjunto, fundando sua interpretação em razões que possam funcionar em todos os casos semelhantes, justamente por serem razões deontológicas - princípios<sup>204</sup>.

Há, portanto, uma distinção entre a força vinculativa dos precedentes, os quais possuem uma eficácia limitada e “estratégica” na primeira forma de coerência, e muito mais ampla e “fundamental” quando se pesquisam os princípios sobre os quais a decisão cuidou, expressa ou implicitamente. No caso da coerência de princípios, o intérprete deve buscar nas decisões passadas, entendida aqui de forma mais ampla, incluindo os atos legislativos e os atos judiciais, a sua melhor expressão, a melhor explicação possível para o que foi feito e o que deverá ser feito. Desta forma, a coerência que é admitida no direito como integridade, a de princípios, exige que o intérprete não só esteja em linha com os resultados passados mas, sobretudo, com os fundamentos e

---

<sup>203</sup> Colhe-se um exemplo deste raciocínio no voto do ministro MARCO AURÉLIO, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando da relatoria da ADI nº 3937-SP: “Venho afirmando que o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca, nas convicções íntimas, na formação humanística, alfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa. É o que chamam de contexto de descoberta. Em seguida, procura, no ordenamento jurídico, os fundamentos capazes de sustentar a conclusão. Surge aí contexto de justificação. Quando a solução mais justa, na concepção particular do intérprete, não encontra esteio no arcabouço normativo, impõe-se a revisão do sentimento inicial. Às vezes, o politicamente correto simplesmente não equivale ao juridicamente acertado.”

<sup>204</sup> Um exemplo de coerência de princípios pode ser colhido no voto da ministra CARMEN LÚCIA, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando do julgamento da ADI 4815-DF que cuidava da impugnação aos dispositivos do Código Civil que condicionavam a publicação de biografias e demais obras literárias à autorização dos biografados ou seus herdeiros (Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.). Tendo como linhas mestras a “liberdade de expressão” e o “direito à informação”, o tribunal concluiu pela inconstitucionalidade da restrição, adequando o “direito à intimidade” e o “direito à privacidade” às referidas liberdades individuais e públicas, o que acabou por apresentar uma nova conformação principiológica à tutela da intimidade, limitada que foi em benefício da liberdade.

princípios que justificaram as decisões pretéritas, tendo em vista, ainda, o exercício de atualização constante dos mesmos princípios frente à moralidade política que permeia a teia normativa.

#### IV.c – As posições alternativas à integridade: convencionalismo e pragmatismo.

Esta seção cuidará de duas formas de interpretação jurídica que, na visão de DWORKIN, seriam competidoras do direito como integridade: o convencionalismo e o pragmatismo. Do ponto de vista dogmático, tais vertentes interpretativas não podem ser consideradas como escolas de pensamento ou mesmo teorias, uma vez que a identificação de tais formas de interpretação dependem da distinção realizada por DWORKIN em *Law's Empire*, não sendo compartilhadas por outras escolas de pensamento. Sem embargo de eventual isolacionismo teórico, a distinção aqui apresentada serve para dar uma ideia geral de como o direito como integridade contrasta com posturas interpretativas que coabitam com a ainda persistente e dominante teoria positivista, uma vez que não são incompatíveis com os marcos teóricos do positivismo. Aqui se percebe que DWORKIN alterou o foco de seus ataques, os quais se iniciaram, como já pontuado, contra o positivismo jurídico, em uma leitura própria, destacada das lições de HART. A partir de *Law's Empire*, o positivismo, seja na versão inclusiva ou exclusiva, não frequenta mais o cardápio terminológico dworkiniano com a antiga assiduidade, tendo o autor passado a concentrar sua atenção no que ele nomeou convencionalismo e pragmatismo.

Por convencionalismo se entende a interpretação jurídica que identifica o direito com nossas convenções. Em não havendo convenções sociais explícitas, o intérprete estaria livre, discricionariamente livre, para resolver a questão<sup>205</sup>. Desta forma se percebe que o convencionalismo não é uma teoria que encare o direito de forma completa<sup>206</sup>, sendo certo que as convenções passadas, aqui consideradas como as

---

<sup>205</sup> "(...) by hypothesis no party has any right to win flowing from past collective decisions - no party has a *legal* right to win - because the only rights of that character are those established by convention." (DWORKIN, 1986. p. 115)

<sup>206</sup> DWORKIN, 1986. p. 115



leis e as decisões pretéritas, observadas do ponto de vista de sua semântica, nunca serão aptas a cuidar de todas as vicissitudes que o destino reserva para os membros da comunidade. Por este motivo, o convencionalismo não considera que as pretensões das partes sejam tratadas sempre como direitos, podendo ser, em caso de ausência convenções, tratadas como situações a serem regradas pelo magistrado como se fosse o legislador consciencioso já albergado pelo positivismo<sup>207</sup> em outros tempos.

Há, ainda, uma distinção dentro do convencionalismo entre estrito e moderado, sendo o primeiro referente a uma postura que entende que o direito se limita ao que constar explicitamente das decisões passadas, enquanto que o convencionalismo moderado admite como direito os significados implícitos dos atos pretéritos (DWORKIN, 1986. p. 124). No caso estrito, como os conteúdos explícitos são limitados e insuficientes para cobrir a realidade, o poder discricionário do intérprete-juiz é muito mais amplo, já que a declaração de lacuna do direito poderá aparecer com maior frequência<sup>208</sup>, enquanto que no segundo caso, a liberdade do julgador encontra-se, aparentemente, mais restrita. Diz-se aparentemente em razão de o convencionalismo moderado permitir que o interprete amplie ou não os significados “implícitos”, rejeitando a lacuna no direito, sem um controle quanto aos critérios que levaram a tal decisão. Seria uma forma subdesenvolvida da interpretação do direito como integridade<sup>209</sup>, uma vez que lança mão de parte do raciocínio, especialmente quanto à existência de direito para além das declarações estritas dos atos passados, mas olvida a parte principal, a defesa de uma coerência e integridade da obra como um todo.

Já o pragmatismo apresenta uma versão cética quanto ao direito, afirmando que as partes não possuem direitos apenas por conta das convenções passadas, como faz o convencionalismo, ou por razões deontológico-principiológicas

---

<sup>207</sup> No capítulo anterior, quando se abordou o positivismo de HART, foi apresentada a figura do legislador consciencioso e sua relação com as autorizações legislativas presentes no Código Civil suíço e no Código Civil português.

<sup>208</sup> Há que se entender, ainda, que o caráter lacunoso do direito neste caso é maior em se observando o modelo da *common law* utilizado como parâmetro por DWORKIN. No modelo romano-germânico as lacunas surgem em menor quantidade, sobretudo quando se considera a imensa profusão de espécies normativas, através do direito deslegalizado já tratado acima. Desta forma, torna-se compreensível que, nos sistemas português e brasileiro, o convencionalismo apresente-se como uma solução mais próxima da realidade experimentada. Para uma visão sobre as lacunas no direito, de um ponto de vista alinhado com a jurisprudência dos interesses, v. MONCADA, 1954. pp. 159-195.

<sup>209</sup> “It is, rather, a very abstract, underdeveloped form of law as integrity.” DWORKIN, 1986. p. 128.

como requer a integridade. O direito das partes, na ótica pragmática, encontra-se condicionado ao atendimento de objetivos comunitários, o que hoje poderia ser visto como uma busca pela maior eficiência da comunidade e um maior número de pessoas felizes. É uma vertente utilitária da teoria jurídica e que se amolda com perfeição às ideias das escolas que trabalham com as influências dos fatores econômicos na esfera jurídica como, por exemplo, a escola de Chicago com a sua *Law and Economics*. As partes são consideradas “como se” fossem titulares de direitos, apenas para manter a aparência jurídica, ocultando a real análise que se encontra em cada julgamento. O pragmático lança mão de um pensamento estratégico, não deontológico, que neutraliza o direito, transformando-o num direito sem direitos (*Law without rights* - DWORKIN, 1986. p. 160).

Apresentadas as linhas gerais das alternativas ao direito como integridade, na visão dworkiniana, tanto o convencionalismo, em suas duas versões, quanto o pragmatismo mostram-se insuficientes para responder a questão sobre a dimensão deontológica do direito. De um lado, o convencionalismo se volta exclusivamente ao passado para resolver os problemas do presente, como se a dinâmica história humana pudesse ser uma repetição sem fim do que já experimentamos. Ao não encontrar a solução, o convencionalista acaba lançando mão da discricionariedade judicial, confundindo os poderes do juiz com os do legislador, autorizando a criação do direito por uma via paralela àquela pensada em democracia. Já o pragmático, verdadeiro arquiteto do futuro, concentra mais poderes ainda nas mãos do juiz, o qual deve fazer cálculos com os direitos das partes, perseguindo a lógica utilitária, a qual é estranha ao fenômeno jurídico que se finca na deontologia. Desta feita, as alternativas ao direito como integridade mostram-se não só insuficientes, como também e, sobretudo, são fatores de degradação do direito democrático em benefício de um direito aristocrático e vivido nas cortes e tribunais.

#### IV.d - O que queremos de Hércules?

"I must try to exhibit that complex structure of legal interpretation, and I shall use for that purpose an imaginary judge of superhuman intellectual power and patience who accepts law as integrity. Call him Hercules." (DWORKIN, 1986. p. 239)

Um dos pontos mais combatidos da teoria do direito como integridade é a figura do juiz Hércules, expediente retórico utilizado por DWORKIN para reforçar a explicação das complexas tarefas que a integridade impõe aos intérpretes. Em razão da alta carga de controvérsia quanto à figura hercúlea, aqui se pretende esclarecer a metáfora dworkiniana e seus limites, o que importa em traçar suas características mais marcantes e qual a sua utilidade, lançando mão das lições de OST e HABERMAS, por exemplo, para demarcar o contraste das críticas. De molde a manter o objetivo do presente trabalho - a defesa do direito como integridade adequado ao sistema romano-germânico, algumas correções de rumo serão adotadas, fazendo com que o Hércules de *Law's Empire* não pareça um estranho frente ao nosso direito.

Hércules é uma metáfora e, como tal, não deve ser visto como um modelo possível de concretização pelos magistrados. Ele possui uma capacidade intelectual sobre-humana, pode analisar seus casos com paciência por tempo indeterminado e aceita o direito como integridade. Ao optar por usar em seu tipo ideal um semideus grego, o qual, por definição, não pode ser igualado a um mortal, DWORKIN afastou, ou deveria ter afastado, qualquer impugnação à possibilidade de um juiz ambicionar se tornar Hércules, afinal nenhum juiz pode pretender adquirir um entendimento completo da realidade jurídica e se apresentar como portador de tal verdade<sup>210</sup>. Ocorre que dentre outras contestações ao modelo hercúleo, é recorrente a sua apresentação como o alterego do autor (HUTCHINSON, 1982. p. 95 e CHRISTIE, 1987. p. 174). Ou seja, além de factível, a condição quase-divina seria experimentada pelo seu criador, o qual teria

---

<sup>210</sup> Ao se apresentar assim, o juiz incorreria em blasfêmia contra a harmonia do Olimpo democrático, pois tal pretensão seria um ato de desatino contra os desígnios da única "divindade" admitida no Direito democrático, a Constituição. O que é possível aos limites humanos é apenas uma mimetização do processo de entendimento compreensivo de Hércules, ou seja, é possível almejar a perfeição, tê-la como norte, que no caso do Direito seria a produção de juízos corretos e objetivos de moralidade política, porém tendo consciência de que a perfeição não seria atingida no mundo real.

utilizado apenas um expediente para tentar mascarar sua ambição. Esta crítica é indevida, ao menos no que se investigou neste trabalho, uma vez o próprio autor fez questão de destacar a impossibilidade de se reproduzir no mundo real o caminho trilhado por Hércules<sup>211</sup>, o que o resultaria, no mínimo, em incoerência e, até mesmo, em falsidade epistemológica, o que não se admite sem melhores provas. Em se levando a sério o juiz Hércules como lançado por DWORKIN, a leitura mais apropriada está em KERRISH (1992. p. 55) para quem a relação é mesmo ideal<sup>212</sup>, indicando que o autor tem em sua metáfora a sua musa inspiradora<sup>213</sup>.

A metáfora hercúlea do modelo de julgador terminou por ser representada por OST com outra figura olímpica - Hermes<sup>214</sup>. O delineamento da figura de DWORKIN pelo jurista belga não corresponde de forma exata ao que consta do pensamento original, vez que reconhece em Hércules um verdadeiro engenheiro social que atua com elevado grau de discricionariedade, costeando o território perigoso do realismo jurídico, prestigiando apenas o direito jurisprudencial e negligenciando o direito de ordem legal<sup>215</sup>. A aproximação ao realismo jurídico é sem propósito, servindo apenas para confundir o leitor e ganhar em dramaticidade. Hércules, modelo ideal do direito como integridade, não se porta como um criador do direito, apenas não tratará a lei como uma convenção a ser seguida de forma acrítica como fazem os convencionalistas, tratados

---

<sup>211</sup> "No mortal judge can or should try to articulate his instinctive working theory so far, or make that theory so concrete and detailed, that no further thought will be necessary case by case. He must treat any general principles or rules of thumb he has followed in the past as provisional and stand ready to abandon these in favor of more sophisticated and searching analysis when the occasion demands." DWORKIN, 1986. pp. 257-258

<sup>212</sup> "Indeed, Hercules is nothing other than a judge perched precisely in an ideal epistemic condition." COLEMAN, 1993. p. 633

<sup>213</sup> Por outro lado, DOUZINAS (1993. p. 72), valendo-se da trágica história do mito, reduz a importância de Hércules a uma figura retórica com efeitos meramente aparentes, não acrescentando conteúdo explicativo à teoria do direito ou podendo servir como ideal. "Like rhetoric, Nessus' blood on the coat was a *pharmakon* (poison and cure), both elixir of love and deadly poison. (...) Hercules too is both the creation and victim of rhetoric."

<sup>214</sup> Para uma crítica do texto de OST a partir da hermenêutica e do direito como integridade, v. STRECK, 2010. pp. 15-45

<sup>215</sup> "Hércules está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas como lo hacía su predecesor, que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. (...) El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobra en ingeniero social. Se comprende que tal evolución, sobre todo en lo que afecta a las jurisdicciones constitucionales habilitadas para apreciar la constitucionalidad de las leyes (o que progresivamente se van atribuyendo estas competencias, como la Corte Suprema de los Estados Unidos), conduce a relativizar el mito de la supremacía del legislador. Es precisamente en los Estados Unidos, con las corrientes del realismo y de la sociological jurisprudence, donde esta puesta en cuestión encontrará su expresión más radical." OST, 1993. p. 177.

por OST como o modelo Júpiter<sup>216</sup>, mas a considerará dentro da cadeia integrada do direito<sup>217</sup>, buscando sempre a sua compatibilização com a constituição.

Desta forma, é interessante notar que o modelo pós-moderno de OST consistente na figura de Hermes possui algumas semelhanças com o Hércules de DWORKIN<sup>218</sup>, visto que seu trabalho “em rede” (*op. cit.* p. 182) é fluido, com sua complexidade inequívoca decorrente da multiplicidade de atores jurídicos para além do legislador, com a imbricação sistemática das funções de poder no Estado e com a multiplicação de centros de poder em âmbito regional e local (*op. cit.* pp. 183-185), não é incompatível com o trabalho em cadeia de Hércules, o qual admite e interpreta toda esta complexidade jurídico-política, havendo apenas que acrescentar o dever de tratar esta obra em rede como algo íntegro como faz o modelo dworkiniano. Ao adicionarmos um propósito de moralidade política nas tarefas do Hermes de OST, sua figura se aproxima cada vez mais do Hércules dworkiniano.

Sem prejuízo do que foi exposto e mantendo a coerência com os objetivos primordiais do presente trabalho, no sentido de apresentar o direito como integridade em uma versão com sentido apropriado ao direito de matriz romana-germânica, há que se buscar o aperfeiçoamento o modelo hercúleo, adaptando-o à nossa realidade. Neste desiderato, as críticas de HABERMAS são extremamente valiosas, seja pela qualidade ou pela pertinência, uma vez que apresentadas por um pensador formado na nossa matriz jurídica continental. Qualificando a teoria dworkiniana como pretensiosa (2003. p. 262), o centro da objeção habermasiana está na solidão do intérprete ideal, indicando que o Hércules pensado por DWORKIN seria um solipsista<sup>219</sup>, o que não deixa de ser uma

---

<sup>216</sup> “Tomemos el Derecho jupiternino. Aquí es la legalidad la que es condición necesaria y suficiente para la validez de la regla. Es suficiente, para una norma, haber sido dictada por la autoridad competente y según los procedimientos; las cuestiones anteriores de legitimidad y ulteriores de efectividad no son pertinentes a este respecto.” OST, 1993. pp. 178-179

<sup>217</sup> “He will treat Congress as an author earlier than himself in the chain of law, though an author with special powers and responsibilities different from his own, and he will see his own role as fundamentally the creative one of a partner continuing to develop, in what he believes is the best way, the statutory scheme Congress began.” DWORKIN, 1986. p. 313. Em crítica acendrada, DOUZINAS duvida desta postura engendrada por DWORKIN, afirmando “Hercules is an impostor lawgiver who always comes after the law he gives.” DOUZINAS, 1993. p. 67.

<sup>218</sup> “(...) o Hermes de Ost acaba sendo, paradoxalmente, o Hércules de Dworkin (obviamente na leitura que Ost faz do Hércules dworkiniano).” STRECK, 2010. p. 25.

<sup>219</sup> “Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras (...)” HABERMAS, 2003. p. 276. Em sentido

descrição acurada do intérprete modelo do direito como integridade, sendo mesmo compartilhada por OST (1993).

A solidão e o isolamento impostos por DWORKIN ao seu modelo é confirmada por HABERMAS ao se deparar com o seguinte trecho de *Law's Empire*: "(...) each judge still confirms and reinforces the principled character of our association by striving, in spite of the disagreement, to reach his own opinion instead of turning to usually simpler task of fresh legislation." (DWORKIN, 1986. p. 264). A partir de tal assertiva é possível temer a existência de tantas respostas "certas" quantos juízes existirem, o que poderia colapsar o Estado de Direito Democrático em um reino de incertezas e insegurança jurídica, onde cada magistrado perseguiria o seu ideal de direito íntegro, olvidando todos os demais trabalhos desenvolvidos pelo legislador. Na tarefa de fornecer um sentido para o direito da comunidade, o intérprete-julgador, ao agir de forma isolada, terminaria justamente por ser a sua antítese, um julgador discricionário<sup>220</sup>.

Para resgatar Hércules de seu isolamento, devemos partir, juntamente com HABERMAS, da proposta de reflexão do agir comunicativo, trazendo de volta a importância da argumentação, verdadeiro centro vital do direito, permitindo que todos sejam realmente iguais em consideração pelo Estado ao serem admitidos como sujeitos que podem buscar apresentar suas razões de convencimento mesmo para o juiz ideal, o qual não pode se distanciar das razões terrenas, sob pena de produzir apenas palavras de força despidas do manto jurídico. O diálogo com a comunidade impede que a narrativa construída por Hércules se transforme em uma visão externa e estranha aos que estarão submetidos à norma desvelada. É preciso que Hércules entenda que, se todos devem ser considerados de forma igual pelo Estado, os membros da comunidade não são meros vassalos, submetidos a um poder imperial, mas titulares de interesses que devem ser ouvidos e respeitados.

---

contrário, STRECK (2010. p. 23) afirma que "*Hércules definitivamente não é a encarnação do 'juiz/sujeito-solipsista'*", mas sim, é a antítese do juiz discricionário, este sim refém da filosofia da consciência."

<sup>220</sup> STRECK (2013. p. 111) nega que Hércules seja "o portador de uma "subjetividade assujeitadora"", apresentando a sua defesa em prestígio do controle exercido pela tradição e pela coerência da integridade sobre o trabalho do julgador ideal.

Pode parecer um truísmo, mas é de se reafirmar que o “império” é do Direito de cariz democrático e não do juiz, seja ele Hércules, com suas infinitas qualidades, ou outro com feitio humano. Desta forma, assim como não se deve confiar em soluções desapegadas do pensamento deontológico, a partir das diversas manifestações de discricionariedade judicial (presentes nas diversas formas de positivismo como o normativo, o inclusivo etc.), não se pode confiar a uma pessoa, por mais qualificada e heróica, o papel de oráculo e guia da comunidade, sob o sério risco de degradar o direito democrático em algo aristocrático, acessível a poucos. Considerando que a pluralidade é a nota mais característica das comunidades contemporâneas, o julgador deve compreender que o exercício do poder está submetido a uma rede de controle muito mais difusa e pervasiva, dentro da ideia de uma “sociedade aberta de intérpretes” lançada por HÄBERLE (1997) a partir da premissa de que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la” (*op. cit.* p. 13).

Nesta sociedade aberta em que vivemos, as interpretações apresentadas ao julgador devem ser filtradas pelos *standards* jurídicos sedimentados na profissão jurídica<sup>221</sup>, presentes nas lições doutrinárias, nos posicionamentos anteriores da jurisprudência e nos textos legais, de forma a possibilitar que o resultado final seja algo que incorpore os avanços teóricos e o caráter profissional dos julgamentos desenvolvidos no Estado de Direito. A teoria deve propiciar, portanto, “uma mediação específica entre Estado e sociedade” (HÄBERLE, 1997. p. 18), concedendo a cada polo da disputa pela primazia de dizer o direito (HESPANHA, 2012. p. 556) o espaço devido, sempre privilegiando o direito democrático em conformidade com a constituição jurídica da comunidade. Hércules, portanto, deve descer de seu ponto de isolamento<sup>222</sup> e se integrar à sociedade aberta, ouvindo e se fazendo ouvir, vivendo o modelo

---

<sup>221</sup> “Os *standards* comprovados na profissão devem garantir a objetividade e a controlabilidade intersubjetiva do juízo.” (HABERMAS, 2003. p. 279). Neste sentido, DOUZINAS aponta para a superioridade dos ensinamentos de HABERMAS, os quais aqui são incorporados ao direito como integridade justamente para colmatar as suas lacunas: “But unlike Habermas, Dworkin does not elaborate further the criteria of communicational success, conceived as the best interpretation. In a good example of tautology, the text claims that an interpretation is poor “not because no one could think it a good one, but because it is in fact, on all the criteria so far described (for example, those of the best) a poor one” (Dworkin 1986: 233). The theory of the best, therefore, is either a banal truism that one is tempted to refute by similarly asserting, for instance, that communicational success is predominantly the outcome of imposition, or rhetorical persuasion, the very working out of the figures of which Hercules is the figure.” (DOUZINAS, 1993. p. 71)

<sup>222</sup> “Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.” HÄBERLE, 1997. p. 15.

intersubjetivo<sup>223</sup> e plural para poder elaborar as soluções normativas para os problemas reais desta comunidade, tendo sempre como norte a Constituição, entendida como o ponto central do direito como integridade na roupagem que ora lhe é conferida.

---

<sup>223</sup> HABERMAS, 2007. p. 8.



V – Apenas mais um capítulo do romance. Conclusões provisórias da caminhada.

A proposta deste trabalho se concentrou na investigação dos limites e possibilidades de aplicação da teoria dworkiniana do direito como integridade dentro de ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica da contemporaneidade, com especial enfoque ao caso brasileiro. Desta forma, a tarefa consistiu em uma releitura crítica da obra de DWORKIN e não em uma simples resenha ou mesmo na defesa intransigente de seus pontos de vista. Nesta reinterpretação foi necessário adaptar as teses centrais de DWORKIN, derivadas dos Direitos norte-americano e inglês, às especificidades do constitucionalismo que floresceu no período posterior à Segunda Guerra Mundial, o qual se apresenta com textos dotados de normatividade diferenciada frente ao período anterior e com extensos catálogos de direitos alçados à fundamentalidade. Portanto, com o cuidado de não perder a identidade das teses, algumas concessões e adaptações foram feitas no curso do trabalho, sem a pretensão de encerrar o debate que tem muito a ser desenvolvido nos próximos capítulos do romance jurídico escrito pela comunidade.

A concepção do liberalismo abrangente dworkiniano, que compatibiliza os valores aparentemente antagônicos da igualdade e da liberdade<sup>224</sup>, é o pressuposto político do direito como integridade, o qual foi preservado como peça essencial do que aqui se desenvolveu. A leitura liberal dos direitos mostra-se adequada aos ordenamentos jurídicos plurais do constitucionalismo contemporâneo. É de se ver que as constituições elaboradas no segundo pós-guerra estão permeadas por valores diversos e, não raro, aparentemente contraditórios. O artigo 170 da Constituição brasileira, ao fundar a ordem econômica na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, é exemplo desta contradição meramente superficial que pode ser solucionada com a postura liberal abrangente, uma vez que a “liberdade” para se iniciar atividades econômicas não significa, por certo, um salvo-conduto para ações nocivas à comunidade, como por exemplo situações aviltantes de desigualdade para com os trabalhadores. Registre-se que tal compatibilização não alberga, de forma alguma, uma

---

<sup>224</sup> V. FURQUIM, 2010. pp. 91-97.

postura relativista, ao revés, afina-se com a busca de juízos corretos e objetivos sobre os valores tidos como em conflito.

A interpretação aqui lançada aponta no sentido de haver uma linha argumentativa principal na teoria dworkiniana, encontrada na defesa da possibilidade de juízos corretos sobre moralidade política, o que impede que as pretensões jurídicas das pessoas sejam tratadas de forma utilitarista ou pragmática, sendo consideradas como direitos que são, fazendo com que as respostas apresentadas pelos intérpretes judiciais tenham de ser frutos desta busca pela certeza e objetividade e não simples lances de sorte numa loteria subjetiva de argumentos. O fato de DWORKIN não ser um autor dado ao rigor científico<sup>225</sup> de autores como Kelsen, por exemplo, não o desmerece ou impossibilita a identificação da sua base argumentativa. Reconhece-se que os temas e a terminologia adotada pelo filósofo norte-americano sofreram alterações no decorrer de suas obras, o que fez com que fosse acusado de ser um “alvo em movimento”<sup>226</sup> e objeto de severas críticas<sup>227</sup>. No entanto, tais modificações não parecem ser suficientes para que se rejeite a postura fundacionista quanto aos valores morais, defendidas por DWORKIN, alicerces da *rights thesis* e da rejeição da discricionariedade judicial, aqui também defendidos.

Em nosso ponto de vista, o repúdio à discricionariedade judicial aqui esposado encontra-se afinado com o que se espera de um Direito democrático, que trata as pretensões dos cidadãos com a seriedade que os direitos merecem e considera todos de forma igual. Como foi exposto no curso do trabalho, este modelo de pensar o Direito

---

<sup>225</sup>Apontando para um isolacionismo teórico por parte de DWORKIN, CARRIÓ (1979-1980. pp. 210-211) registra seu desconforto com o tratamento conferido ao positivismo de origem romano-germânica. “Unfortunately the exchange of ideas has been confined hitherto to the Anglo-American world. It is like a family quarrel; jurists and philosophers from civil law countries have kept apart from the debate. (...) I am convinced that those who, by education, do not belong to the Anglo-American legal tradition may have some interesting points to make about Dworkin's criticism. (...) The fact that in a book as important as *Taking Rights Seriously*, which launches a frontal attack against legal positivism, the names of Alf Ross and Norberto Bobbio are not even mentioned, and their contributions to legal positivism or to the analysis of the concept of legal positivism not even acknowledged, is to be considered no less symptomatic of that circumstance.”.

<sup>226</sup> cf. BERMAN, 2011. p. 259. “... Dworkin is notoriously a moving target...”

<sup>227</sup> v. AMADO, 2003. p. 16. “Es proverbial su habilidad para rehuir las objeciones echando mano de inverosímiles distinciones y forjando categorías de verdadero alquimista de las palabras. (...) oscuro, confuso, un tanto tramposo en su modo de argumentar, manipulador de otras doctrinas y hasta poco original en el fondo (...) Y es que, nos gustará o no, pero Dworkin es referencia obligada para nuestro gremio en nuestros días.”

responde de maneira mais adequada aos desafios da contemporaneidade, sobretudo em se considerando os inúmeros conflitos decorrentes da pluralidade de valores e do multiculturalismo, uma vez que escapa da cilada relativista que aponta para a igual validade de todos os argumentos e impossibilita uma solução dos problemas<sup>228</sup>. Na medida em que as pessoas possuem direitos às respostas, que devem ser certas e objetivas dentro do possível, e não consideradas concessões ou favores da comunidade estatal, o magistrado chamado a interpretar os casos jurídicos deve respeitar a integridade e coerência do Direito desta comunidade, olvidando suas convicções pessoais em prol do juízo moral da comunidade.

Na tarefa de perquirir a moralidade da comunidade regida pelo Direito de matriz romano-germânica, dentro do ambiente liberal que propicia a discussão e o desenvolvimento de ideias, o magistrado respeitador e obediente da integridade do direito deve iniciar e terminar seu trabalho interpretativo dentro da ordem constitucional, observando os limites semânticos e as possibilidades interpretativas do texto constitucional. Com isto não se quer fazer uma defesa de uma intenção original do texto constitucional, uma vez que é de conhecimento que a normatividade não se esgota nas letras da lei, mesmo as com estatura constitucional (MULLER, 2013)<sup>229</sup>, mas sim um apelo para uma maior deferência aos limites normativos que se podem tirar da própria constituição, interditada ao intérprete a função de revisor da norma maior, seja por qual interesse ou valor que se apresente, por mais elevado que se possa pensar, sob o risco de o guardião raptar aquele que deveria proteger.

Na disputa pela prelação em dizer e criar o Direito no ambiente democrático, relatada por HESPANHA (2012. p. 556) e incorporada em nossa narrativa, há que se conferir maior valor às soluções idealizadas pela própria comunidade nos documentos constitucionais estabilizadores do consenso e na função legislativa parlamentar. Tal conclusão em prol da democracia não prejudica a criação do Direito

---

<sup>228</sup> Os relativistas lançam mão de um jogo de palavras, normalmente impugnando como “imperialista” a solução fundacionista, o que escamoteia o fato de que, na ausência de uma defesa quanto à correção de tal ou qual conduta, a resposta continuará com os detentores de poder, os quais farão valer a sua vontade sem respeito para com as razões alheias.

<sup>229</sup> “(...) não existe ante casum: o caso da decisão lhe é coconstitutivo. O texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado “concretização”, ainda que um elemento de trabalho em posição de destaque.” (p. 114).

proveniente da colaboração da dogmática, a qual mostra-se imprescindível, especialmente quando cria constrangimentos epistemológicos para as resoluções parlamentares e para as decisões judiciais, bem como não ignora o relevante papel do direito cultivado nos tribunais, mais próximo da realidade da comunidade que os demais centros de produção jurídica. Tal diagrama não se remete a uma modernidade já ultrapassada como pode ser impugnado, ao contrário, encontra-se em sintonia com a ideia de governo das leis e não de homens, prestigiando a comunidade e não a subjetividade de poucos que subordina muitos<sup>230</sup>.

Por outro lado, não se diga que o direito como integridade exige que o juiz se espelhe na figura de Hércules, visto que este é apenas uma metáfora ou “musa”<sup>231</sup> eleita por DWORKIN para facilitar a explicação do entendimento que se deve ter da ordem jurídica. De frente aos problemas reais que são submetidos aos juízes, não há como se ter tempo, paciência e conhecimento infinitos, razão suficiente para não se cogitar da assunção de Hércules como um modelo factível, restando apenas a sua idealidade, a qual deve ser temperada com as críticas lançadas por HABERMAS (2003. p. 276) no tocante ao isolacionismo do modelo. Ao se confiar em demasia nas virtudes do cognitivismo moral termina-se por fortalecer um modelo aristocrático de produção do Direito, afastado das demais influências que são próprias do ambiente democrático. Portanto, dentro do paradigma intersubjetivo e plural que experimentamos na contemporaneidade, o intérprete não pode adotar a postura solipsista, aferrado às suas próprias qualidades, mas compartilhar, da forma mais transparente e participativa possível, o processo de decisão conforme os procedimentos apresentados pelo agir comunicativo habermasiano, algo que o legislador brasileiro incorporou e institucionalizou no Código de Processo Civil de 2015 com as figuras do *amicus curiae*<sup>232</sup> e da vedação da surpresa quanto aos argumentos decisórios<sup>233</sup>, por exemplo.

---

<sup>230</sup> Neste sentido, v. HESPANHA, 2009. p. 29 “[...] o princípio democrático, consagrado na lei e na Constituição pelos representantes da comunidade, exprime mais provavelmente um consenso mais geral e estabilizador do que aquele que se pode obter a partir da soma de decisões particulares e diversamente contextualizadas. (...) perante dilemas normativos controversos, é mais plausivelmente consensual e estabilizar manter aquelas posições que resultam de consensos comunitários formalizados, como as leis e a constituição.”

<sup>231</sup> KERRUISH, 1992. p. 55.

<sup>232</sup> Antes admitido nos processos de controle abstrato de constitucionalidade pela lei nº 9868/1999 no artigo 7º, parágrafo 2º (§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.), a figura da intervenção de pessoas alheias ao feito, porém

Desta feita, a crítica quanto à ausência de uma metodologia própria para o direito como integridade, visto que o procedimento adotado pelo juiz Hércules é considerado como um holismo jurídico<sup>234</sup>, pode ser superada, portanto, com a adição do rigor técnico presente nas já mencionadas lições de HABERMAS. A inclusão de tais procedimentos no direito como integridade permite uma melhor adaptação da teoria ao sistema jurídico romano-germânico, com evidentes ganhos em termos de transparência e democratização da decisão judicial, não mais enclausurada no cognitivismo do magistrado. Por paradoxal que possa resultar, o cognitivismo exacerbado terminaria, não só em uma produção aristocrática do Direito como acima pontuado, mas também por dar azo à aplicação discricionária do Direito, justamente o que não se deseja com a valorização da coerência e integridade.

Como se percebe, o que se buscou demonstrar aqui é que as soluções para os problemas jurídicos no Estado de Direito Democrático devem passar pelo fortalecimento institucional, afastando, por prejudicial, os juízos meramente subjetivos. Há uma clara opção pelo saber da comunidade, mesmo que tais respostas possam ser imputadas como fruto de uma mitificação, dados os percalços que a democracia enfrenta na sua vivência, desde a atuação dos grupos de pressão por *lobbies* até mesmo os desvios éticos dos representantes do povo. Mesmo correndo o risco de a solução democrática eventualmente poder estar dissociada de uma vontade popular, sempre difusa e cada vez mais difícil de ser descoberta nas sociedades plurais, o fato é que esta ainda é a melhor solução, uma vez que a aristocracia judicial - juristocracia<sup>235</sup> ou

---

com interesse jurídico e representatividade, foi ampliada para todos os processos de forma expressa com a nova codificação brasileira. “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

<sup>233</sup> “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

<sup>234</sup> Sendo certo que DWORKIN (1986. p. 412) rejeitou a criação de um algoritmo ou sistema de computador a partir de sua obra.

<sup>235</sup> v. HIRSCHL, 2007.

supremocracia<sup>236</sup> - não corresponde aos ideais democráticos. Não há como se confiar a um grupo que se autointitula mais capacitado do que os demais a tarefa de guiar a comunidade. Para o bem ou para o mal, as escolhas em democracia devem ser confiadas ao verdadeiro titular do poder - o povo.

A discricionariedade não é um problema paroquial do Brasil, uma vez que o pavilhão antilegalista, vez por outra, é agitado em diversos cantos, com lances dignos de erística, como a falsa ligação da legalidade com os regimes totalitários denunciada por HESPANHA (2009. p. 16). No entanto, a experiência brasileira de revolta contra o rigor da lei, presente na postura dita “ativista” de alguns magistrados, termina por representar o exemplo mais grave de predação dos valores democráticos, culminando em “justicialismo anti-democrático”, conforme se colhe das lições de PINTO (2015. pp. 130-131)<sup>237</sup>. Ao adicionarmos os ingredientes do ceticismo e do relativismo, afirmando que tudo é possível, desde que motivado pelo intérprete, o Direito fica a depender da subjetividade do magistrado, fraturando e inviabilizando as promessas do Estado de Direito Democrático. Não se pode confundir a constatação de que o Direito escapa aos limites estreitos da lei com uma liberalidade para que qualquer resposta possa ser produzida, bastando qualquer fundamentação<sup>238</sup>. Por mais evidente, é preciso dizer que a atividade confiada ao intérprete do Direito não se reduz a um “mero exercício de leitura de textos normativos para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado” (GRAU, 2014. p. 55), exigindo uma reflexão humanística sobre a normatividade que permeia o texto. Em tal mister, dentro da versão do direito como integridade aqui defendida, o intérprete deve respeitar o empreendimento comunitário documentado nas constituições e nas leis, observando a história institucional e o que foi desenvolvido pela dogmática e pela jurisprudência, tendo como meta a produção de respostas corretas

---

<sup>236</sup> cf. VIEIRA, 2008. p. 445.

<sup>237</sup> *In verbis* “O designado “ativismo judiciário”, com manifestações preocupantes de apetência para o exercício de poder político e de populismo, vive no Brasil a crença de uma “via brasileira” para a criação de Direito por juízes de tribunais superiores. Nada de mais errado. Trata-se apenas de um localismo latino-americano, sem grande novidade ou inovação, na aplicação das propostas de Ernst Fuchs, em *O Carácter socialmente danoso da jurisprudência construtiva* (1907), e que foram desenvolvidas pela Escola do Direito Livre; com uma mistura de manifestação tardia de “uso alternativo do Direito”, na sua matriz italiana da década de 70, com projecção no protagonismo judiciário (sobretudo em Itália e em Espanha) em 80 e 90 do século passado. Confiar no sentido de justiça e na sensibilidade do juiz para auscultar a comunidade, atribuindo-lhe mais liberdade na conformação do Direito quando decide, podendo afastar-se da lei, forma princípios teorizados por Hermann Kantorowicz e por Eugen Ehrlich.”

<sup>238</sup> Neste sentido, para contermos o avanço do relativismo antilegalista, com seu olhar desconfiado lançado contra a lei, é preciso dizer o óbvio, como faz STRECK para quem ““cumprir a letra da lei” significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável.”. (2010. p. 41)

para os problemas apresentados, uma vez que cada pretensão jurídica deve ser cuidada como um direito e não como mais uma de muitas soluções igualmente válidas.

## VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, G. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. *Revista de Processo*, 2016. v. 251, p. 161-173.
- ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, jan. 2014. v. 265, p. 13-23.
- ADEODATO, J. M. L. A construção retórica do ordenamento jurídico – três confusões sobre ética e direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro*, 2011. v. 3, p. 103-114.
- ALBUQUERQUE, M. De. A ideia de igualdade dos primórdios ao constitucionalismo. Na lógica do tempo. *Ensaio de história das ideias políticas*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 141-210.
- ALBUQUERQUE, R. De. Para uma revisão da ciência jurídica medieval: a integração da auctoritas poética no discurso dos juristas (ars inveniendi). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2002. v. XLIII, n. 2, p. 935-962.
- ALEXANDER, L. Striking back at the empire: a brief survey of problems in dworkin's theory of law. *Law and Philosophy*, 1987. v. 6, n. 3, p. 419-438.
- \_\_\_\_\_. Legal rules and legal reasoning. Aldershot: Ashgate, 2000. Com Keneth Kress: "We spent a lot of time disputing Dworkin's claim that the value of 'integrity', a particular conception of equality, supports his case for legal principles." p. x.
- ALEXANDER, L. A.; BAYLES, M. D. Hercules or Proteus? The many theses of ronald dworkin. *Social Theory and Practice*, 1980. v. 5, n. 3/4, p. 267-303.
- ALEXANDER, L.; KRESS, K. Against legal principles. *Iowa Law Review*, 1997. v. 82, p. 739-786.
- ALEXANDER, L.; KRESS, K. Contra os princípios jurídicos. *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 419-492.
- ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- \_\_\_\_\_. La institucionalización de la razón. *Persona y Derecho*, 2000. v. 43, p. 217-249.
- \_\_\_\_\_. Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2001. v. 5, p. 75-96.
- \_\_\_\_\_. The argument from injustice – a reply to legal positivism. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- \_\_\_\_\_. Justicia como corrección. *DOXA*, 2003. v. 26, p. 5-26.
- \_\_\_\_\_. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2004.
- \_\_\_\_\_. El concepto y la naturaleza del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2008a.
- \_\_\_\_\_. Teoría de los derechos fundamentales. 2ª edição ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008b.
- \_\_\_\_\_. Los principales elementos de mi filosofía del derecho. *DOXA*, 2009. v. 32, p. 67-84.
- \_\_\_\_\_. Interpretação teleológica e vinculação à lei. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2010a. v. 51, n. 1 e 2, p. 9-15.
- \_\_\_\_\_. La teoría del discurso y los derechos fundamentales. La argumentación y los derechos fundamentales, MENÉNDEZ, Agustín José. e ERIKSEN, Erik Oddvar (editores). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010b, p. 29-48.
- \_\_\_\_\_. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª edição ed. São Paulo: Malheiros, 2012.



ALVES, H. R. Dworkin e a interpretação jurídica – uma leitura crítica. *O Direito*, 2009. v. nº 141, n. III, p. 637–664.

ALVES, S. O espírito das leis - para uma teoria da interpretação da lei no século xviii. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001. v. XLII, n. 1, p. 105–200.

AMADO, J. A. G. Prólogo. *Integridad, derecho y justicia: una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2003, p. 13–16.

ARJONA, C. Afinidades entre dworkin y pound. un breve estudio sobre influencias y coincidencias. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2003. v. 26, p. 387–417.

ASCENSÃO, J. De O. O direito - introdução e teoria geral. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ATIENZA, M. As razões do direito. 3ª edição ed. São Paulo: Landy, 2006.

BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais? Coimbra: Almedina, 1994.

BARBERIS, M. Derecho: como es/ como debe ser. hart, dworkin y la teoría del derecho. El postscript de H. L. A. Hart. *Nueve ensayos*. 1. ed. Perú: Ara editores, 2010, p. 27–56.

BARROS FILHO, C.; POMPEU, J. Somos todos canalhas: filosofia para uma sociedade em busca de valores. 1. ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2015.

BARROSO, L. R. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2015. v. 5, n. Especial, p. 23–50.

BENDA, J. A traição dos intelectuais. 1ª. ed. São Paulo: Peixoto Neto, 2007.

BERLIN, I. The hedgehog and the fox. an essay on tolstoy's view of history. 1. ed. London: Weidenfeld & Nicolson, 1953.

BERMAN, M. N. Reflective equilibrium and constitutional method: lessons from John McCain and the natural born citizenship clause. *The Challenge of Originalism: Essays in Constitutional Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 246–284.

BIX, B. Questões na interpretação jurídica. *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 205–232.

BLACKBURN, S. Justice for hedgehogs. *The Higher Education*, London, 27 jan. 2011. Disponível em: <<https://www.timeshighereducation.co.uk/books/justice-for-hedgehogs/414939.article>>.

BOBBIO, N. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BODENHEIMER, E. Hart, dworkin, and the problem of judicial lawmaking discretion. *Georgia Law Review*, 1977. 1976. v. 11, p. 1143–1172.

BOGHOSSIAN, P. Medo do conhecimento: contra o relativismo e o construtivismo. São Paulo: Editora SENAC, 2012.

BONORINO, P. R. El aguijón derrotable. *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica.*, 2000. v. 1999, p. 17–34.

\_\_\_\_\_. *Integridad, derecho y justicia: una critica a la teoría jurídica de ronald dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2003.

BOURDIEU, P. O poder simbólico. Lisboa: Edições 70, 2011.

BRETON, P.; GAUTHIER, G. História das teorias da argumentação. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2001.

BURLEY, J. Dworkin and his critics with replies by dworkin. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2005.

CAETANO, M. Manual de direito administrativo. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2001. V. 1.

CALAMANDREI, P. Non c'è libertà senza legalità. 1. ed. Bari: Laterza, 2013.

CAMPOS, A. T. De. A fidelidade. *Supere Aude - Revista do Departamento de Filosofia da*

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2010. v. 1, n. 1, p. 120–129.

CANARIS, C.-W. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, J. J. G. Constituição dirigente e vinculação do legislador. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CÁRCOVA, C. M. Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. Jueces para la democracia, 1994a. v. 24, p. 32–37.

\_\_\_\_\_. La dimension politica de la funcion judicial. jun. 1994b. p. 1–13.

\_\_\_\_\_. Jusnaturalismo vs positivismo jurídico: un debate superado. Revista de Ciências Sociais, 1996. v. 39, p. 49–84.

\_\_\_\_\_. ¿hay una traducción correcta de las normas? Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, 2009. v. 3, n. 4, p. 33–42.

\_\_\_\_\_. ¿qué haven los jueces cuando juzgan? enfoques plurales sobre la interpretación del derecho y la hermenéutica judicial. Las teorías jurídicas postpositivistas. 1. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2012a, p. 156–165.

\_\_\_\_\_. Las teorías jurídicas postpositivistas. 1. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2012b.

CARRIÓ, G. R. Professor Dworkin’s views on legal positivism. Indiana Law Journal, 1980. 1979. v. 55, n. 2, p. 209–246.

\_\_\_\_\_. Notas sobre derecho y language. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CHIASSONI, P. Dworkin’s skeptical jurisprudence: paradoxical remarks. Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova, 1989. 1988. v. XXII, n. 1-2, p. 497–506.

CHRISTIE, G. C. Dworkin’s empire. Duke Law Journal, 1987. v. 36, p. 157–189.

CINTRA, A. C. De A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, F. U. Para entender Kelsen. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COLEMAN, J. L. Negative and positive positivism. Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence. London: Duckworth, 2001, p. 28–48.

COLEMAN, J. L.; LEITER, B. Determinacy, objectivity, and authority. University of Pennsylvania Law Review, 1993. v. 142, n. 2, p. 549–637.

\_\_\_\_\_. Determinação, objetividade e autoridade. Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COMANDUCCI, P. Su Dworkin. L’ analisi del ragionamento giuridico : materiali ad uso degli studenti. Torino: Giappichelli, 1989, V. 2, p. 395–401.

COMTE-SPONVILLE, A. Dicionário filosófico. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Pequeno tratado das grandes virtudes. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

CORDEIRO, A. M. Direito civil: o direito romano atual. Direito Romano. Poder e Direito. XV Congresso Internacional e XVIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 105–107.

CORDEIRO, A. M. Da R. E M. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2001.

CORWIN, E. S. The constitution of the United States of America: analysis and interpretation. Washington: United States Government Printing Office, 1953.

CUNHA, P. F. Da. Lições de filosofia jurídica. natureza & arte do direito. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica constitucional entre Savigny e o neoconstitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Ed. Gen-Forense, 2009, p. 615–630.

D’ORS, Á. Direito e senso comum, sete lições de direito natural como limite do direito

positivo. Lisboa: DIEL, 2011.

DANZIGER, S.; LEVAV, J.; AVNAIM-PESSO, L. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2011. v. 108, n. 17, p. 6889–6892.

DELFINO, L.; LOPES, Z. F. A expulsão do livre convencimento motivado do novo cpc e os motivos pelos quais a razão está com os hermenêutas. *Justificando*, [S.l.], 13 abr. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>>.

DOMINGO, R. La pirámide del derecho global. *Persona y Derecho*, 2009. v. 60, p. 29–61.

DOUZINAS, C. *The end of human rights. critical legal thought at the turn of the century*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

\_\_\_\_\_. The “end” of human rights. *The Guardian*, [S.l.], 12 out. 2008. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/commentisfree/2008/dec/10/humanrights-unitednations>>.

DOUZINAS, C.; WARRINGTON, R.; MCVEIGH, S. *Postmodern jurisprudence: the law of text in the texts of law*. New York: Routledge, 1993.

DOWNES, S. Stephen’s guide to the logical fallacies. [S.l.]. [s.d.]. Disponível em: <[http://www.academia.edu/2869462/Stephens\\_guide\\_to\\_the\\_logical\\_fallacies](http://www.academia.edu/2869462/Stephens_guide_to_the_logical_fallacies)>.

DROMI, R. *Derecho administrativo*. 11. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina - Hispania Libros, 2006.

DWORKIN, R. Judicial discretion. *The Journal of Philosophy*, 1963. v. 60, n. 21, p. 624–638.

\_\_\_\_\_. The elusive morality of law. *Vilanova Law Review*, 1965. v. 10, n. Summer, p. 631–639.

\_\_\_\_\_. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

\_\_\_\_\_. Trashing the supreme court. *London Review of Books*, 19 jun. 1980. v. 2, n. 12, p. 5–6.

\_\_\_\_\_. What is equality? part 1: equality of welfare. *Philosophy and Public Affairs*, 1981a. v. 10, n. 3, p. 185–246.

\_\_\_\_\_. What is equality? part 2: equality of resources. *Philosophy and Public Affairs*, 1981b. v. 10, n. 4, p. 283–345.

\_\_\_\_\_. “natural” law revisited. *University of Florida Law Review*, 1982a. v. XXXIV, n. 2, p. 165–188.

\_\_\_\_\_. Law as interpretation. *Texas Law Review*, 1982b. v. 60, p. 527–550.

\_\_\_\_\_. *Law’s empire*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. La politica dei giudici e il principio di legalità. *L’Analisi del Ragionamento Giuridico. Materiali ad uso degli studenti a cura di Paolo Comanducci - Riccardo Guastini*. Torino: G. Giappichelli, 1989, V. II, p. 355–393.

\_\_\_\_\_. Law as interpretation. *Legal Reasoning* (edited by Aulis Aarnio and Neil MacCormick). Aldershot: Dartmouth, 1992a, V. II.

\_\_\_\_\_. The concept of unenumerated rights. *University of Chicago Law Review*, 1992b. v. 59, p. 381–432.

\_\_\_\_\_. *Life’s dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. 1. ed. New York: Vintage Books Edition, 1994.

\_\_\_\_\_. *Freedom’s law. the moral reading of the american constitution*. New York: Oxford University Press, 1996a.

\_\_\_\_\_. Objectivity and truth: you’d better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, 1996b. v. 25, n. 2, p. 87–139.

- \_\_\_\_\_. Reflections on fidelity. *Fordham Law Review*, 1997a. v. 65, n. 4, p. 1799–1818.
- \_\_\_\_\_. The arduous virtue of fidelity: originalism, scalia, tribe, and nerve. *Fordham Law Review*, 1997b. v. 65, p. 1249–1268.
- \_\_\_\_\_. O império do direito. 1ª edição ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. A matter of principle. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. A badly flawed election. *The New York Review of Books*, 2001. n. 01.11. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2001/01/11/a-badly-flawed-election/>>.
- \_\_\_\_\_. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.
- \_\_\_\_\_. Sovereign virtue: the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University Press, 2002b.
- \_\_\_\_\_. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005a. “Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política - sem ela o governo não passa de tirania - e, quando as riquezas de nações são distribuídas de maneira muito desigual, como o são as riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita (...)” p. IX o autor não lança mão de teorias construtivas em sua empreitada (pp. XIV-XV).
- \_\_\_\_\_. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.
- \_\_\_\_\_. Justice in robes. Cambridge: Harvard University Press, 2006a.
- \_\_\_\_\_. O direito da liberdade. 1ª edição ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.
- \_\_\_\_\_. I fondamenti dell’eguaglianza liberale. I fondamenti del liberalismo (DWORKIN, Ronald. MAFFETTONE, Sebastiano). 1. ed. Roma: Editori Laterza, 2008a, p. 3–119.
- \_\_\_\_\_. Democracy and religion: America and Israel. In: E.N. THOMPSON FORUM ON WORLD ISSUES. University of Nebraska-Lincoln: 2008b. Disponível em: <[http://www.unl.edu/ucomm/ucomm/av/video/podcasts/20081031\\_ent\\_dworkin.mp4](http://www.unl.edu/ucomm/ucomm/av/video/podcasts/20081031_ent_dworkin.mp4)>.
- \_\_\_\_\_. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009a. “(...) sentimento geral de coerência e integridade com as decisões judiciais e a tradição política do passado.” p. XI.
- \_\_\_\_\_. Is there truth in interpretation? law, literature and history. In: FREDERIC R. AND MOLLY S. KELLOGG BIENNIAL LECTURE ON JURISPRUDENCE. Coolidge Auditorium of the Library of Congress - Washington: 2009b. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>>.
- \_\_\_\_\_. ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos? Isonomía. *Revista de teoría y filosofía del derecho*, abril. 2010a. v. 32, p. 7–30.
- \_\_\_\_\_. A justiça de toga. 1ª edição ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.
- \_\_\_\_\_. Justice for hedgehogs. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5UFVkrGVIMc>>.
- \_\_\_\_\_. Justice for hedgehogs. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- \_\_\_\_\_. How universal is liberalism? In: DAHRENDORF LECTURE AND COLLOQUIUM. St. Antony’s College: 2012a. Disponível em: <<http://podcasts.ox.ac.uk/how-universal-liberalism>>.
- \_\_\_\_\_. Justiça para ouriços. Coimbra: Almedina, 2012b.
- \_\_\_\_\_. Multiculturalism and human rights. In: CHALLENGES TO MULTICULTURALISM. Oslo: 2012c. Disponível em: <<http://abcdemocracy.net/2012/07/06/ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech/>>.
- \_\_\_\_\_. Legal theory from the inside out. In: ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI: FORUM INTERDISCIPLINARE DEI PREMIATI BALZAN 2012. Roma: 2012d. Disponível em:

<<http://balzan.org/it/video>>.

DWORKIN, R.; LUKES, S. The political culture of liberalism and the prospects for eastern and central europe. Collected Courses of the Academy of European Law. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, V. II, Book 2.

DWORKIN, R. M. The model of rules. The University of Chicago Law Review, 1968. 1967. v. 35, p. 14-46.

DWORKIN, R. M. Hard cases. Harvard Law Review, 1975. 1974. v. 88, n. 6, p. 1057-1109.

DWORKIN, R.; NAGEL, T. Objectivity. In: HOLBERG PRIZE SYMPOSIUM 2007. University of Bergen: 2007. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=90U9QTFvOuk>>.

DYZENHAUS, D. The rule of law as the rule of liberal principle. Ronald Dworkin (Contemporary philosophy in focus). Kindle Edition ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 845-1229.

\_\_\_\_\_. El imperio de la ley como el imperio de los principios liberales. Dworkin y sus críticos - El debate sobre el imperio de la Ley. Valencia: Tirant lo blanch, 2012, p. 195-234.

EMPÍRICO, S. Hipotiposis pirrônicas. O que nos faz Pensar, Cadernos do Departamento de Filosofia da PUC-Rio, 1997. v. 12, p. 115-122.

ESKRIDGE JR., W. N. Overruling statutory precedents. The Georgetown Law Journal, 1988. 1987. v. 76, p. 1361-1439.

FASSÒ, G. Il positivismo giuridico "contestato". Scritti di filosofia del diritto. Milano: Giuffrè, 1982a, V. 2.

\_\_\_\_\_. Tra positivismo e nazismo giuridico. Scritti di filosofia del diritto. Milano: Giuffrè, 1982b, V. 2.

FERRAJOLI, L. El derecho como sistema de garantías. Jueces para la democracia, 1992. v. 16-17, p. 61-69.

\_\_\_\_\_. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Garantismo. debate sobre el derecho y la democracia. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2011. v. 34, p. 15-53.

\_\_\_\_\_. A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRARA, F. Interpretação e aplicação das leis. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

FINNIS, J. Lei natural e direitos naturais. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

FISH, S. Working on the chain gang: interpretation in the law and in literary criticism. Critical Inquiry, 1982. v. 9, n. 1, p. 201-216.

\_\_\_\_\_. Trabajando en cadena: la interpretación en derecho y literatura. Dworkin y sus críticos. El debate sobre el império de la Ley. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 235-260.

FORSTHOFF, E. Estado de derecho en mutación. trabajos constitucionales 1954-1973. Madrid: Editorial Tecnos, 2015.

FURQUIM, L. De T. O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02122010-111403/pt-br.php>>.

GAJARDONI, F. Da F. O livre convencimento motivado não acabou no novo cpc. <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>, [S.l.], 2015.

GIOVANNINI, G. Ronald Dworkin: una teoria liberale del diritto. Pisa: Plus-Pisa

university press, 2010.

GOLDSWORTHY, J. Dworkin as an originalist. *Constitutional Commentary*, 2000. v. 17, n. 1, p. 49–78.

GRAU, E. R. Realismo e utopia constitucional. *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 117–126.

\_\_\_\_\_. O direito posto e o direito pressuposto. 8ª edição ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GREEN, L. Legal positivism. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. [S.l.]: [s.n.], 2009. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>.

GREENE, J. Pathetic argument in constitutional law. *Columbia Law Review*, 2013. v. 113, n. 6, p. 1389–1481.

GROSSI, P. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUASTINI, R. Hart sobre indeterminación, incompletitud y discreción judicial. *El postscript de H. L. A. Hart. Nueve ensayos*. 1. ed. Lima: Ara Editores, 2010, p. 125–140.

GUEST, S. How to criticize Ronald Dworkin's theory of law. *Analysis*, abr. 2009. v. 69, n. 2, p. 1–13.

HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional. a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuições para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HABERMAS, J. *Direito e democracia. entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. I.

\_\_\_\_\_. *A ética da discussão e a questão da verdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *A ética do discurso*. Lisboa: Edições 70, 2014.

HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. *The federalist*. Indiana: Liberty Fund, 2001.

HANSSON, S. O. Science and pseudo-science. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. [S.l.]: [s.n.], 2015. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/pseudo-science/>>.

HART, H. L. A. El nuevo desafío al positivismo jurídico. *Sistema Revista de Ciencias Sociales*, maio. 1980. v. 36, p. 3–18.

\_\_\_\_\_. *American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream. Essays in jurisprudence and philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983, p. 123–144.

\_\_\_\_\_. *Post scríptum al concepto del derecho*. Ciudad del México: UNAM, 2000.

\_\_\_\_\_. *O conceito de direito*. Lisboa: FCG, 2011.

\_\_\_\_\_. *The concept of law*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 2012.

HARTMANN, I. A.; CHADA, D. M. A razão sem condições de qualidade. *Coletânea Organizada pela FGV Direito São Paulo com trabalhos que discutem o artigo “A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria”, de Luís Roberto Barroso*. São Paulo: [s.n.], 2015, p. 1–25.

HESPANHA, A. M. Terão os juízes voltado ao centro do direito? *Julgar*, 2009. n. Número especial, p. 13–29.

\_\_\_\_\_. *Cultura jurídica europeia*. Coimbra: Almedina, 2012a.

\_\_\_\_\_. Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. *História do direito em perspectiva*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012b, p. 149–199.

\_\_\_\_\_. *Promessas e perigos do pós-legalismo, conferência proferida no auditório do*

centro de estudos judiciais em 04.02.2013. 2013. Disponível em: <[https://educast.fccn.pt/vod/clips/1esg2rcm4x/link\\_box](https://educast.fccn.pt/vod/clips/1esg2rcm4x/link_box)>.

\_\_\_\_\_. O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

HESSE, K. A força normativa da constituição (die normative kraft der verfassung). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HIRSCHL, R. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOLMES JR, O. W. The path of the law. Harvard Law Review, 1897. 1896. v. 10, p. 457–478.

HOMEM, A. P. B. A lei da liberdade - volume i: introdução histórica ao pensamento jurídico. épocas medieval e moderna. 1. ed. Cascais: Principia, 2001. V. 1.

\_\_\_\_\_. Judex perfectus. função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal. 1640-1820. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. O justo e o injusto. Lisboa: AAFDL, 2005.

\_\_\_\_\_. O movimento de codificação do direito em Portugal no século XIX. Aspectos gerais. Lisboa: AAFDL, 2007a.

\_\_\_\_\_. O perfil do juiz na tradição ocidental: Portugal. O perfil do juiz na tradição ocidental. Seminário internacional. Lisboa: Almedina, 2007b, p. 53–70.

HUTCHINSON, A. C. From cultural construction to historical deconstruction. The Yale Law Journal, nov. 1984. v. 94, n. 1, p. 209–238.

HUTCHINSON, A.; WAKEFIELD, J. N. A hard look at “hard cases”: the nightmare of a noble dreamer. Oxford Journal of Legal Studies, 1982. v. 2, p. 86–110.

JAPIASSU, H. A crise da razão e do saber objetivo. As ondas do irracional. São Paulo: Letras & Letras, 1996.

\_\_\_\_\_. Nem tudo é relativo. A questão da verdade. São Paulo: Editora Letras & letras, 2000.

JASPERS, K. Iniciação filosófica. Lisboa: Guimarães Editores, [s.d.].

KALT, B. C. Three levels of stare decisis: distinguishing common-law, constitutional, and statutory cases. Texas Review of Law and Politics, 2004. 2003. v. 8, p. 277–281.

KANT, I. A metafísica dos costumes. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

KANTOROWICZ, H. La lucha por la ciencia del derecho. La ciencia del derecho. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949, p. 325–371.

KARNAL, L. Unicamp contra a redução da maioria penal: mesa 2: a questão da maioria penal. . 2015.

KAUFMANN, A. Derecho, moral e historicidad. Madrid: Marcial Pons, 2000.

\_\_\_\_\_. La filosofía del derecho en la posmodernidad. 3ª edición ed. Bogotá: Editorial Temis, 2007.

\_\_\_\_\_. Filosofia do direito. 4ª edição ed. Lisboa: FCG, 2010.

KELSEN, H. Teoria geral do direito e do estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. Pure theory of law. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2008.

KERRISH, V. Jurisprudence as ideology. New York: Routledge, 1992.

KUHN, T. S. The structure of scientific revolutions. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.

KUHN, T. S. A estrutura das revoluções científicas. Lisboa: Guerra e Paz, 2009.

LA TORRE, M. C. M. DE. Dworkin y el imperio de la ley. Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 11–115.

LAMEGO, J. Hermenêutica e jurisprudência. análise de uma “recepção”. Lisboa:

Fragmentos, 1990.

LARENZ, K. Metodologia da ciência do direito. 6ª edição ed. Lisboa: FCG, 2012.

LEÃO, A. C. Em torno dos conceitos de regra e princípio. a polémica entre hart e dworkin. Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2008, V. I, p. 43-72.

LINHARES, J. M. A. Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença? [S.l.] [s.d.]. Disponível em: <<https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=5536>>.

LUIZZI, V. Law's empire. Vera Lex, 1992. v. XII, n. 1, p. 33-34.

LUÑO, A.-E. P. Las fuentes del derecho y la teoría de ronald dworkin. La filosofía del Derecho en perspectiva história. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. Sevilla: Secretariado de Publicaciones, 2009, p. 457-487.

MACCORMICK, N. Retórica e o estado de direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO JUNIOR, R. P. Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, J. B. Introdução ao direito e ao discurso legitimador. Coimbra: Almedina, 2013.

MACKIE, J. The third theory of law. Philosophy & Public Affairs, 1977. v. 7, n. 1, p. 3-16.

MARCONDES, D. A verdade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

MARMOR, A. The pure theory of law. In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy. [S.l.]: [s.n.], 2010. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/lawphil-theory/>>.

MARTINEZ-VILLALBA, J. C. R. De la pirámide de kelsen a la pirámide invertida. Revista Derechos Emergentes na Sociedade Global, 2013. v. 2, n. 2, p. 436-461.

MAURER, H. Elementos de direito administrativo alemão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MAXIMILIANO, C. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAYER, O. Derecho administrativo alemán. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982. V. 1.

MAYNEZ, E. G. Introduccion al estudio del derecho. 24. ed. Mexico DF: Editorial Porrúa, 1975.

MEDAUAR, O. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MIAILLE, M. Uma introdução crítica ao direito. 1ª edição ed. Lisboa: Moraes Editora, 1979.

\_\_\_\_\_. Introdução crítica ao direito. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MIRANDA, J. Manual de direito constitucional. 5ª edição ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. V. Tomo IV – Direitos Fundamentais.

MOLES, R. N. The decline and fall of dworkin's empire. Reading Dworkin Critically. New York: Bloomsbury Academic, 1992.

MONCADA, L. C. De O. Integração de lacunas e interpretação do direito. Revista de Direito e de Estudos Sociais, 1954. v. VII, n. 3, p. 159-195.

MONTAIGNE, M. De. Os ensaios. uma seleção. São Paulo: Penguin - Companhia das Letras, 2010.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, F. S. De. Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo supremo tribunal federal. São



Leopoldo: UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013.

MÜLLER, F. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NAGEL, T. The sleep of reason. The New Republic, out. 1998. p. 32–38.

\_\_\_\_\_. A última palavra. 1ª. ed. Lisboa: Gradiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Tribute to Ronald Dworkin. New York University Annual Survey of American Law, 2007. v. 63, n. 1, p. 5–7.

\_\_\_\_\_. Que quer dizer tudo isto? 4. ed. Lisboa: Gradiva, 2012.

NASCIMENTO, L. A. N. Discurso de abertura. O perfil do juiz na tradição ocidental. Seminário internacional. Lisboa: Almedina, 2007, p. 13–19.

NEVES, A. C. Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967.

\_\_\_\_\_. O direito como alternativa humana. notas de reflexão sobre o problema actual do direito. Digesta, 1995. v. I, p. 287–310.

\_\_\_\_\_. Interpretação jurídica. In: Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado. Lisboa: Verbo, 1997a. V. III, p. 651–707.

\_\_\_\_\_. Método jurídico. In: Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado. Lisboa: Verbo, 1997b. V. IV, p. 211–285.

\_\_\_\_\_. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1998. v. LXXIV, p. 1–44.

\_\_\_\_\_. Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, V. I, p. 349–444.

\_\_\_\_\_. Metodologia jurídica. problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NINO, C. S. Introducción al análisis del derecho. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

\_\_\_\_\_. Introdução à análise do direito. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OST, F. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1993. v. 14, p. 169–194.

PAREDES, V. S. De. Curso de derecho administrativo. 6. ed. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 1903.

PASCAL, B. Pensamentos. [S.l.]: [s.n.], 2002.

PERRY, S. R. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 145–203.

PFRSMANN, O. Positivismo jurídico e justiça constitucional no século xxi. São Paulo: Saraiva, 2014.

PINTO, E. V.-C. O direito romano e o exercício do poder político no século xxi. Direito Romano. Poder e Direito. XV Congresso Internacional e XVIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 11–18.

\_\_\_\_\_. O futuro da justiça. 1. ed. Lisboa: Nova Vega, 2015.

POPPER, K. A lógica da pesquisa científica. São Paulo: Cultrix, 1974.

POSNER, R. The problems of jurisprudence. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

POSTEMA, G. J. Integrity: justice in workclothes. Dworkin and his critics with replies by Dworkin. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2005, p. 291–318.

POSTEMA, G. J. Legal philosophy in the twentieth century: the common law world. New York: Springer, 2011. V. 11.

PUERTO, M. J. R. Interpretación, derecho, ideología. la aportación de la hermenéutica jurídica. Granada: Editorial Comares, 2011.

- QUEIROZ, C. Interpretação constitucional e poder judicial. sobre a epistemologia da construção constitucional. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- RADBRUCH, G. Arbitrariedad legal y derecho suprallegal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- \_\_\_\_\_. Filosofia do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- \_\_\_\_\_. O homem no direito, seleção de conferências e artigos sobre questões fundamentais do direito. [S.l.: s.n., s.d.].
- RAWLS, J. Uma teoria da justiça. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. Justice as fairness: a restatement. 1. ed. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.
- RAZ, J. Authority, law and morality. *Monist*, 1985. v. 68, n. 3, p. 295–324.
- \_\_\_\_\_. Incorporation by law. *Legal Theory*, 2004. v. 10, p. 1–17.
- \_\_\_\_\_. Speaking with one voice: on dworkinian integrity and coherence. *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Oxford: Blackwell Publishing, 2005, p. 285–290.
- \_\_\_\_\_. The argument from justice, or how not to reply to legal positivism. *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 17–36.
- REALE, M. Lições preliminares de direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- REDONDO, C. Presentación. *El Postscript de H.L.A. Hart. Nueve ensayos*. 1. ed. Lima: ARA Editores, 2010, p. 11–25.
- RIGAUX, F. A lei dos juízes. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- RODRIGUES, S. M. A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin. Uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.
- RODRÍGUEZ, C. Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre h.l.a. hart y r. dworkin. *La decisión judicial*. 1. ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 15–88.
- RODRIGUEZ, J. R. Como decidem as cortes? Para uma crítica ao direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- SAGNOTTI, S. C. I diritti tra storia e morale. *Riflessioni sul pensiero di ronald dworkin*. 1. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1998.
- SALDANHA, N. Do direito natural à teoria da argumentação. *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*, CLÁUDIO BRANDÃO et. al. São Paulo: Atlas, 2012, p. 231–235.
- SAMPAIO, J. A. L. Adeus aos métodos? Hermenêutica, pragmática e argumentação constitucional. *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 361–437.
- SANCHÍS, L. P. El constitucionalismo de los derechos. *ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- SANTOS, B. De S. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade. Coimbra: Almedina, 2013.
- SARMENTO, D. A ponderação de interesses na constituição federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SAVIGNY, F. C. Von. Sistema del derecho romano actual. Madrid: F. Góngora y Comañía, 1878. V. I.
- SAVIGNY, F. K. Von. Metodología jurídica. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- \_\_\_\_\_. Volesungen über juristische methodologie. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2004.
- SCHIAVELLO, A. Modest objectivity ed interpretazione del diritto. *Diritto & questioni pubbliche. Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*, maggio. 2001. v. 1, p. 1–28.

SCHMITT, C. La science allemande du droit dans sa lutte contre l'esprit juif. Cités, 2003. v. 14, p. 173–180.

\_\_\_\_\_. La tirania de los valores. Granada: Editorial Comares, 2010.

SEÑA, J. F. M. ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2001. n. 24, p. 379–403.

SEOANE, J. A. Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoria de la argumentación jurídica de robert alexy. De la argumentación jurídica a la hermenêutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporâneas. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 105–196.

SÉRIAUX, A. Os desafios éticos da atividade de iurisdictio. A consciência do juiz na tradição jurídica europeia. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2009, p. 345–366.

SHAPIRO, S. J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. University of Michigan Public Law, 2 fev. 2007. v. Working Paper No. 77. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>.

\_\_\_\_\_. El debate hart-dworkin: una breve guía para perplejos. Dworkin y sus críticos - El debate sobre el imperio de la Ley. Valencia: Tirant lo blanch, 2012, p. 143–194.

SHKLAR, J. La teoría política y el imperio de la ley. Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 117–141.

SILVA, J. A. E. A prática judiciária entre direito e literatura. Coimbra: Almedina, 2001.

SOPER, E. P. Legal theory and the obligation of a judge: the hart/dworkin dispute. Michigan Law Review, 1977. v. 75, p. 473–519.

SOUTO, M. J. V. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2002.

STEIN, E. Aproximações sobre hermenêutica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

STOLLEIS, M. El ojo de la ley - historia de una metáfora. Madrid: Marcial Pons, 2004.

\_\_\_\_\_. O perfil do juiz na tradição europeia. O perfil do juiz na tradição ocidental. Seminário internacional. Lisboa: Almedina, 2007, p. 21–34.

STRECK, L. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11ª edição ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a.

\_\_\_\_\_. O que é isto: decido conforme minha consciência? 4ª edição ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013b.

\_\_\_\_\_. Lições de crítica hermenêutica do direito. 1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, L. L. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, jun. 2010. v. 7, p. 15–45.

\_\_\_\_\_. Verdade e consenso. constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. O novo código de processo civil (cpc) e as inovações hermenêuticas. o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. Revista de Informação Legislativa, jun. 2015. v. 52, n. 206, p. 33–51.

TARREGA, M. C. V. B. Hermenêutica, narrativa e normatividade - possibilidades de construção de sentido do direito no jurisprudencialismo. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza - CE: CONPEDI, 2010.

TEIXEIRA, I. “encantamento do mito da racionalidade” em alexy. Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo. Um conjunto de perspectivas. HESPANHA, António Manuel e BELEZA, Teresa Pizarro (orgs.). Coimbra: Almedina, 2011, p. 121–144.

TOLONEN, H. Rules, principles and goals: the interplay between law, morals and politics. Scandinavian studies in Law, 1991. v. 35, p. 269–293.

TORRE, M. LA. Derecho y conceptos de derecho. tendencias evolutivas desde una

perspectiva europea. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, dez. 1993. v. 16, p. 67–93.

\_\_\_\_\_. Judeu rex. sobre el último hart. *El postscript de H. L. A. Hart. Nueve ensayos*. 1. ed. Lima: Ara Editores, 2010, p. 183–201.

\_\_\_\_\_. Positivismo giuridico. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffré, 2013. p. 681–736.

VASCONCELOS, P. C. B. De. A separação dos poderes na constituição americana. do veto legislativo ao executivo unitário - a crise regulatória. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

VERDÚ, P. L. A luta pelo estado de direito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIEHWEG, T. Tópica e jurisprudência. Brasília: Editora UNB, 1979.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista Direito GV*, jul. 2008. v. 4, n. 2, p. 441–464.

VILLIER, J.-C.; MARYIOLI, A. História da filosofia do direito. Lisboa: Piaget, 2001.

WALDRON, J. The rule of law as a theater of debate. *Dworkin and his critics with replies by Dworkin*. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2005, p. 319–336.

\_\_\_\_\_. ¿Ha respondido Dworkin a los estudios críticos del derecho? *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 261–308.

\_\_\_\_\_. Jurisprudence for hedgehogs. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 2013a. v. 13-45, p. 1–28.

\_\_\_\_\_. Ronald Dworkin: an appreciation. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2276009](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276009)>.

WAMBIER, T. A. A. Há uma só decisão correta? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2015. v. 1, n. 5, p. 1405–1410.

WEBER, M. A ciência como vocação. Covilhã: LusoSofia, [s.d.].

WIEACKER, F. História do direito privado moderno. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WITTGENSTEIN, L. Investigações filosóficas. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

\_\_\_\_\_. Da certeza. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2012.

WOLFE, C. The egalitarian liberalism of Ronald Dworkin. *Liberalism at the crossroads: an introduction to contemporary liberal political theory and its critics*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1994, p. 23–41.

WOOLEY, A. D. No right answer. *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. London: Duckworth, 2001, p. 173–181.

ZAGREBELSKY, G. Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di ronald dworkin). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002. v. 31, p. 865–897.